Schuld und Haftung

im heutigen Grundpfandrecht?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät

der

Georg-August-Universität zu Göttingen

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Otto Schneider
Kammergerichtsreferendar.

Berlin
Emil Ebering
1913

Berichterstatter: Professor Dr. R a b e l.

Inhalt.

§ 1. Einleitung.

I. Abschnitt.

§ 2. Schuld und Haftung im römischen Recht.

II. Abschnitt.

Schuld und Haftung in den germanischen Rechten.

§ 3. Schuld.

§ 4. Haftung.

§ 5. Schuld und Haftung.

III. Abschnitt.

Schuld und Haftung im heutigen Grundpfandrecht?

§ 6. Sachhaftung und Schuld im geltenden deutschen Privatrecht.

§ 7 Die Beziehungen der Grundpfandrechte zueinander.

§ 8. Zahlungsschuld des Eigentümers?

§ 9. Folgerungen aus der Verneinung der Zahlungsschuld des Eigentümers.

§ 10. Verwertungsrecht des Grundpfandberechtigten und Pflicht des Eigentümers, die Zwangsvollstreckung zu dulden.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548107_0140

Literatur.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationsrecht, Leipzig, I u. II.

Bekker, Sprachliches und Sachliches zum BGB. Iherings J. 49.

Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht. Leipzig 1912.

Brinz, Lehrbuch des Pandektenrechts. Erlangen 1879.

—, Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, I.

—, Archiv für die zivilistische Praxis, 70.

Biermann, Bürgerliches Recht, I, 1908.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1905.

Büchel, Zivilrechtliche Erörterungen, I, Teil 2: Ueber die Natur des Pfandrechts.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1909.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 7. und 8. Auflage 1905.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Halle 1906, II u. III.

Du Chesne, Zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau. Sächs. Arch. 10.

Dümchen, Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten. Iherings J. 54.

Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht. Breslau 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1910, III.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Fuchs, Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung des Deutschen Reichs. Tübingen 1906.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht, II. Leipzig 1905.

—, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910.

—, Schuldnachfolge und Haftung (in der Festschrift für v. Martitz) 1911.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechts. Berlin 1908.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, 2. Aufl. 1900.

Hazeltine, Die Geschichte des englischen Pfandrechts. Breslau 1907.

Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Leipzig 1903/07.

—, System des Zivilprozeßrechts. 1. Teil 1912.

Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. 1907.

Homeyer, Des Sachsenspiegels erster Teil. Berlin 1861.

Hübner, Deutsches Privatrecht, 1908.

Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. Iherings J. **48**.

Jolly, Ueber das indische Schuldrecht. Abhandl. der Münchener Akademie 1877.

Kipp, Ueber Doppelwirkungen im Recht (in der Festschrift für v. Martitz) 1911.

Kohler, Pfandrechtliche Forschungen. Jena 1882.

—, Archiv für die zivilistische Praxis **91**: Substanzrecht und Wertrecht.

—, Das Bürgerliche Recht, in Holtzendorffs Enzykl.

Koschaker, Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht 1911.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs I, 1904.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. Fischers Abh. **15**.

Lenel, Das Nexum. Zeitschrift für Rechtsgesch. **36**.

v. Meibom, Realschuld und Reallasten. 4. Bd. des Jahrb. d. gem. R.

Mitteis, Ueber das Nexum. Zeitschr. f. Rechtsgesch. **35**.

—, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, I.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. 1909.
Oertmann, Kommentar zum BGB. **2**. Berlin 1901.
—, Der Dinglichkeitsbegriff. Iherings J. **31**.
Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht. Leipzig 1909.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III, 3. Aufl.
Predari, Zeitschrift für Handelsrecht, **51**.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung.
Puntschart, Der Grundschuldbegriff des Deutschen Reichsrechts. Graz 1900.
—, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter.
—, Schuld und Haftung im geltenden deutschen Recht. Zeitschrift für Handelsrecht, **71**.
Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte. Leipzig 1902.
—, Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders. Leipzig 1909.
Rintelen, Schuldhaft und Einlager im Vollstreckungsverfahren des altniederländischen und sächsischen Rechts. Leipzig 1908.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum BGB. (zit.: RGKom.) 1910.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Schulz, Archiv für die zivilistische Praxis, **105**: „System der Rechte auf den Eingriffserwerb".
v. Schwerin, Schuld und Haftung. München 1910.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Iherings J. **50**.
—, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.
Sohm, in Grünhuts Z. **5**.
—, Geschichte und System des Römischen Privatrechts. Leipzig 1911.
Staub, Archiv für Bürgerliches Recht, **5**.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München-Berlin 1909, III.
Strohal, Schuldübernahme. Iherings J. **57**.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Paderborn 1906.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse. Arch. Ziv. Prax. **92**.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. u. 8. Aufl.
Zitelmann, Internationales Privatrecht Leipzig 1898.

Einleitung.

§ 1.

Nachdem zuerst im römischen Recht durch Brinz[1] die begriffliche Unterscheidung von Schuld und Haftung aufgedeckt war, ist von der germanistischen Rechtswissenschaft das alte deutsche Recht als eine wahre Fundgrube von Erscheinungsformen erkannt worden, die ohne die getrennte Existenz beider Begriffe sich nicht erklären lassen würden.

Die reichen Ergebnisse des Rechtshistorikers haben einen gewissen Enthusiasmus für die Trennung von Schuld und Haftung hervorgerufen, die man in allen Fugen des heutigen Rechtssystems verborgen wähnt und nun mit aller Macht ans Licht zu ziehen versucht. So sehr der Wunsch des Historikers verständlich erscheint, die Fäden einer langen organischen Entwicklung von Rechtsbegriffen nicht ohne dringenden Grund zerschnitten zu sehen, um so schärfer hat die Kritik der modernen Rechtserscheinungen Obacht zu geben, daß nicht Begriffe nur der geschichtlichen Entwicklung zuliebe in die Rechtstheorie einschleichen, die in der praktischen Ausgestaltung des Rechtslebens keine Rolle beanspruchen können. Nichts ist verkehrter als der einseitige

1. Pand. II §§ 206—11; Grünhuts Z. I 11 ff.; Arch. Ziv. Prax. 371 ff.

Grundsatz, dem man immer wieder begegnet[2], das moderne Recht müsse auf alten deutschen Rechtsanschauungen aufgebaut werden.

Unter diesem Gesichtspunkt soll durch die vorliegende Arbeit ein Beitrag zur Untersuchung der Frage geliefert werden, welche Bedeutung der Trennung der Begriffe „Schuld“ und „Haftung“ in unserem heutigen Rechte zukommt, und zwar soll zu diesem Zwecke das moderne Grundpfandrecht geprüft werden. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung soll zuvor soweit herangezogen werden, als es erforderlich erscheint, um die Erkenntnis der beiden Begriffe und ihres Verhältnisses zueinander zu ermöglichen.

---

2. Vgl. Dümchen, Iherings J. **54** 468.

Erster Abschnitt.

§ 2.

Schuld und Haftung im römischen Recht.

Die Begriffe „Schuld“ und „Haftung“ sind regelmäßig dem Privatrecht schon im primitiven Zustande immanent. Beruhen sie doch auf der einfachen Erwägung, daß ein privatrechtliches Sollen für den Berechtigten meistens nur dann Sinn und Bedeutung hat, wenn diesem zugleich die Möglichkeit offensteht, sich für den Fall der Nichterfüllung eine Zugriffsmacht zu verschaffen.

Die Unterscheidung zwischen Schuld und Haftung ist nach dem bisherigen Forschungsergebnis indogermanischen Ursprungs[1]. Denn ähnliche Erscheinungsformen beider Begriffe finden sich im altbabylonischen[2], indischen[3], griechischen[4], römischen[5], altschwedischen[6], westnordischen[6], angelsächsischen[7], fränkischen[8], altsächsischen[9], bayrischen[10], bur-

1. Dafür v. Gierke, Schuld und Haftung 2.
2. Koschaker, Babylonisch-assyrisches Bürgschaftsrecht 109.
3. Jolly, ind. Schuldrecht.
4. Partsch, griech. Bürgschaftsrecht.
5. Brinz, Pandekten.
6. v. Amira, Nordgermanisches Obligationsrecht.
7. Hazeltine, Gesch. des englischen Pfandrechts.
8. Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht.

gundischen[11], alamannischen[12], langobardischen[13] und altniederländischen[14] Rechte; und noch ist die Zahl der unerschlossenen Forschungsgebiete vermutlich ganz beträchtlich.

Der Satz Bekkers[15], das römische Recht werde vom Gegensatz von Schuld und Haftung geradezu beherrscht, veranlaßt uns den Blick zunächst auf das römische Recht zu richten. In der Literatur hat Bekker keinen erheblichen Widerhall hiermit gefunden; wahrscheinlich, weil einerseits seine Beispiele nicht hinreichend zu überzeugen vermögen[16] und Bekkers Folgerungen mehr oder weniger auf Vermutungen hinauslaufen, andrerseits aber die nicht ausgesprochene Ueberzeugung Platz gegriffen hat, daß dem römischen Recht eine bewußte und systematische Herausarbeitung des genannten Gegensatzes gefehlt hat[17]. Ueberhaupt liegt die Forschung nach Schuld und Haftung im römischen Rechte noch im Dunkel; brauchbare Einzeluntersuchungen sind nicht vorhanden, so daß wir heute vielfach auf höchst zweifelhafte Ergebnisse angewiesen sind.

Offenbar hat es bereits im altrömischen Recht Fälle selbständiger Personenhaftung gegeben. So konnte der Schuldner, der ein Darlehnsnexum geschlossen hatte, sich

---

9. Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis.
10. v. Gierke, Schuld und Haftung 304.
11. v. Gierke a. a. O. 175.
12. v. Gierke a. a. O. 299.
13. v. Gierke a. a. O. 276.
14. Rintelen, Schuldhaft und Einlager.
15. Ihr. J. 49, 54.
16. v. Gierke a. a. O. 1 Anm. 2.
17. Die Lehrbücher von Sohm, Girard u. Czyhlarz erwähnen die Unterscheidung überhaupt nicht.

selbst nachträglich durch ein weiteres Rechtsgeschäft verknechten, um durch seine Arbeit die Schuld abzuverdienen[18]. Diese Selbstverpfändung fand vermutlich erst statt, wenn bezüglich der Darlehnserfüllung Schwierigkeit eintrat[19]. Es handelte sich hier also um eine speziell ausgestattete Personenhaftung, die im Hinblick auf eine vorher begründete Darlehnsschuld selbständig zur Entstehung gelangte.

Aehnlich war mutmaßlich die pfandartige Haftung der vades, sofern man mit Lenel[20] davon ausgeht, daß der vas nicht nur im Prozeß[21], sondern auch im Privatverkehr die Rolle des Schuldknechts spielen konnte.

Auch die Stellung des praes war eine selbständige Personenhaftung; denn die Gemeinde, an die er als Schuldknecht gegeben war, konnte ihn im Falle der Nichterfüllung der Schuld wie ein Pfand verkaufen[22].

Dieser auftauchende Gegensatz zwischen Schuld und Haftung hat sich mit Wahrscheinlichkeit im klassischen römischen Recht verloren: das Nexum war verschwunden und mit ihm die Zwangsvollstreckung gegen die Person des Schuldners, die sich mit der verfeinerten Auffassung des Römers aus der Selbstverpfändung in eine Vermögenshaftung verwandelt hatte. Bürgschaft und Pfandrecht der klassischen Rechtsepoche[23] lehnten sich als streng akzesso-

---

18. Vgl. Mitteis im Röm. Privatrecht I 137 und Z. f. Rechtsgesch. 35, 121 ff., 124, und Lenel Z. f. R. 36, 84 ff.
19. So Mitteis in Z. f. R. 35, 122.
20. Z. f. R. 36, 98.
21. Dafür Girard 816 Anm. 2.
22. Vgl. Lenel, Z. f. R. 36, 98.
23. Vgl. v. Gierke, Schuld und Haftung 2.

rische Rechtsverhältnisse an persönliche Obligationen an, so daß ein Gegensatz von Schuld und Haftung nicht hervortrat. In der obligatio selbst verschmolzen beide Begriffe miteinander. Denn so weit wird man Brinz[24] auch heute noch folgen können, als man seine Analyse der obligatio in die Elemente Schuld und Haftung anerkennt. Fraglich erscheint nur heute, ob Brinz das Verhältnis zwischen beiden richtig gesehen hat, indem er die Haftung als das Hauptelement, Schuld oder Verbindlichkeit hingegen nur als Spezifikation des Haftungsbegriffes ansah, nämlich als „das Produkt der Tatsache, daß eine Person haftet, und daß sie für eine eigene Leistung haftet". Sind wir doch unter dem Einfluß der germanistischen Forschung nur zu leicht geneigt, die Schuld nicht als Folge, sondern als Voraussetzung der Haftung in der obligatio zu betrachten.

Ueber Brinz geht neuerdings die vorläufig allerdings isoliert dastehende Auffassung von Binder[25] noch hinaus, nach der die Haftung nicht nur einen wesentlichen Bestandteil, sondern sogar das Wesen der obligatio bildet, während sich das dare oportere nur als „praktische Konsequenz" aus der Haftung ergeben soll[26]. Dieser Standpunkt Binders hängt damit zusammen, daß er den Begriff der Rechtspflichten der Untertanen ablehnt und die Rechtsnormen nur als an die Justizorgane gerichtete Imperative ansieht[27], denen diese jedesmal, wenn ein im Gesetz festgestellter Tatbestand sich erfüllt, zu gehorchen haben. Eine

24. Pand. II 2, 21, 22, 36.
25. Rechtspflichten und Rechtsnormen.
26. a. a. O. S. 43, 44.
27. a. a. O. S. 37.

ausführliche Auseinandersetzung mit der Binderschen Lehre würde hier zu weit führen. Wie mir scheint, verkennt Binder die Möglichkeit, daß Empfänger der Rechtsnorm gleichzeitig ein Staatsorgan und eine Privatperson sein kann. Das gilt auch gerade für das römische Recht. Es soll gar nicht bestritten werden, daß z. B. die Senatskonsulte Dienstanweisungen an die Jurisdiktionsbeamten enthalten haben. Gleichzeitig waren ihnen aber Rechtsvorschriften an die Untertanen zu entnehmen, die auch als solche von jenen aufgefaßt worden sind[28].

Von der Voraussetzung der fehlenden Rechtspflicht aus geht nun Binder an die Untersuchung der obligatio heran. Hierbei findet er, daß in beiden Legaldefinitionen (Inst. 3, 13 de obl. pr. und D 44, 7, 3 pr.) der unter den Parteien entstehende Zustand mit obstringere bezeichnet wird, ohne daß ein Leistenmüssen zum Ausdruck komme. Daraus folgert er, daß die obligatio nichts weiter als Haftung ist. M. E. zu Unrecht. Denn wenn die römischen Juristen die Wirkung der obligatio nur mit obstringere, das „verpflichten" und „binden" zugleich bedeutet[29], bezeichnet haben, so scheint mir das darauf hinzudeuten, daß sie die Begriffe Schuld und Haftung in der obligatio nicht bewußt unterschieden haben, ist aber unter keinen Umständen ausreichend, um die Schuldnerpflicht aus der obligatio zu verbannen.

Nach Bekker[30] soll es sogar eine Reihe von Fällen gegeben haben, in denen die Selbständigkeit von Schuld und Haftung im klassischen römischen Recht scharf hervortrat.

28. Vgl. Kipp, Ueber Doppelwirkungen S. 212.
29. Heumann-Seckel S. 383.
30. a. a. O. 54 ff.

Aber sie alle gehören, solange ihnen eine gründliche Einzeluntersuchung nicht zuteil geworden ist, nur ins Reich der Möglichkeiten, so daß sich wissenschaftlich noch nicht mit ihnen rechnen läßt.

So läßt sich denn das bisherige Forschungsergebnis nur dahin zusammenfassen, daß die von Brinz entdeckte begriffliche Unterscheidung von Schuld und Haftung auch im klassischen römischen Recht noch vorhanden war, daß aber beiden Begriffen die scharfe gegensätzliche Abgrenzung von einander gefehlt hat. Es wäre ein vergebliches Bemühen, wollte man gerade mit Hilfe der Ueberlieferung des römischen Rechtes die Begriffe „Schuld“ und „Haftung“ zu selbständigen Rechtsbegriffen zu kristallisieren versuchen[31]. Für diese Aufgabe sind die germanischen Rechte, wie die bisherigen Forschungen ergeben haben, ein weit fruchtbareres Arbeitsfeld[32].

---

31. Vgl. Strohal S. 295.
32. Vgl. v. Gierke, Schuld 2.

Zweiter Abschnitt.

Schuld und Haftung in den germanischen Rechten.

Die umfangreichen geschichtlichen Forschungen haben in den deutschen Rechten so viele Gleichartigkeiten ergeben, daß ihnen ohne Zaudern feste, selbständige Begriffe für Schuld und Haftung entnommen werden können, die als Unterlage für die Erforschung des heutigen Rechts dienen können.

Diese Ergebnisse der rechtshistorischen Forschung sollen hier nur in großen Zügen wiedergegeben werden; auf eine Darstellung der Einzelheiten wird es nicht ankommen, da in den genannten Rechten nach beiden Begriffen mit umfassender Gründlichkeit geschürft worden ist, so daß sich die dogmatische Untersuchung auf die historischen Funde wird stützen können.

§ 3.

Schuld.

„Schuld", vom altsächsischen Wort skulan[1] abgeleitet, mit dem Suffix di gebildet, bezeichnet im ältesten Sprachgebrauch den Zustand des Sollens, der sich bei allen Rechts-

1. Vgl. Puntschart, Schuldvertrag 102.

verhältnissen findet, in die der Staat mit seinen Rechtsbefehlen eingreift[2].

Im weiteren geschichtlichen Verlauf verselbständigt sich die Schuld zu einem besonderen Rechtsverhältnis. Ihre ursprüngliche Erscheinungsform ist die Bußschuld: der, welcher den Frieden gebrochen hat, soll den durch ihn verursachten Schaden wieder heilen; er soll Buße leisten. Neben diesen Bußschulden kommen frühzeitig auch Versprechensschulden auf.

Die Schuld ist ein doppelseitiges Rechtsverhältnis; sie erzeugt in der Person des Schuldners ein Leistensollen und in der Person des Gläubigers ein Bekommensollen[3]. Beide Zustände werden quellenmäßig mit „Schuld" bezeichnet, so daß man Schuldnerschulden und Gläubigerschulden zu unterscheiden hat. So sprechen die Quellen ausdrücklich davon, daß gewöhnlich keiner die Schuld des andern fordern könne. Ja, sie erwähnen auch die „Schuld" des Klägers[4]. Neben dieser Bedeutung der Schuld erscheint das Wort „skuld" auch im Sinne von Leistungsgegenstand[5]. So wird davon im altschwedischen Rechte gesprochen, daß man eine Schuld in Empfang nehmen könne. Von dieser Art der Schuld, um derentwillen Haftung nicht bestehen kann, soll im folgenden nicht die Rede sein.

Es mag hier gleich betont werden, daß die Gläubigerschuld mit der modernen Forderung nicht identisch ist. Zum

2. Vgl. für diese Entwicklungsgesch. v. Gierke, Schuld 7 ff.

3. So Brunner, Grundzüge 187; v. Gierke a. a. O. 8; v. Amira I 36 und 43; II 68; Puntschart, Schuldvertrag 102.

4. Puntschart a. a. O. 213.

5. So v. Amira I 36.

Unterschiede von der Schuld ist nämlich die Forderung das Recht des Gläubigers, das mit der Klage gegen den Schuldner erzwingbar ist.

Was bedeutet nun das Leistensollen?

Unbestritten ist in diesem Begriff der erste Bestandteil, nämlich das Leisten. Darunter ist jede rechtlich beachtliche Willensbetätigung einer Person zu verstehen, welche Gegenstand eines privatrechtlichen Forderungsrechtes sein kann[6]. Und zwar kann sie entweder in einem Tun oder einem Unterlassen bestehen; denn beides kann Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Willens sein[7]. Daraus ergibt sich bereits, daß eine Sache nicht leisten, also auch nicht schulden kann, wie das früher einmal irrtümlich von Büchel[8] angenommen wurde[9].

So bietet das „Leisten" keine Schwierigkeiten, fraglich ist nur, was die Quellen mit dem zweiten Bestandteil des

---

6. So etwa Windscheid, Pand., 3. Aufl. II 6 ff.

7. Vgl. v. Amira II 68.

8. I Nr. 21 ff.

9. Nur scheinbar etwas Drittes ist es, wenn unser Bürgerliches Gesetzbuch von einer Pflicht des Gestattens (z. B. im § 867 BGB.) oder die Zivilprozeßordnung von einer Pflicht des Duldens (so in § 739) spricht. Denn im Grunde bedeutet auch dies nur die Pflicht, irgend einer Handlung, die in die Rechtssphäre des Verpflichteten eingreift, keinen Widerstand zu leisten, also etwas zu unterlassen; vgl. Wendt, Arch. Ziv. Prax. **92** 16, und Oertmann, Schuldverh. 16. Man wird die Duldungspflicht in die Gruppe der Unterlassungspflichten um so eher einordnen können, da das Bürgerliche Gesetzbuch im § 241 offenbar eine Zweiteilung von Leistungen, nämlich positiver und negativer Natur, andeutet; a. M. Du Chesne 684 ff., der zur Dreiteilung der Ansprüche gelangt.

Leistensollens, dem Sollen, zum Ausdruck bringen wollten. Puntschart[10] äußert sich dahin, das Sollen bedeute hier ebenso wie im Bekommensollen ein rechtliches Bestimmtsein. So finde sich häufig auf Briefen die Bemerkung, daß das Schreiben dem Adressaten „soll"; das heiße nichts anderes, als daß es für ihn bestimmt sei. Für diese Bedeutung des Wortes „sollen" gibt Puntschart eine Reihe weiterer quellenmäßiger Belege, auf die hier verwiesen werden kann[11]. Es mögen nur zur Illustration noch einige Fälle aus dem Sachsenspiegel angeführt werden. So wird das Leistensollen des Schuldners im Sinne des rechtlichen Bestimmtseins in folgenden Ausdrücken verwandt: „de keiser sal ime (Papst) den stegerep (Steigbügel) halden"[12] oder „scepenbare lüde die der biscope senet (Sendgericht) süken solen"[13]. Andrerseits findet sich des Gläubigers Sollen in folgenden Sätzen ausgedrückt: „dem (ergänze: Gläubiger) dat silver sal"[14]; „na deme herwede (Hergewäte) sal dat wif nemen ire morgengave"[15].

Es sind hier nur einzelne aus der Vielheit der Fälle herausgegriffen, die im mittelalterlich sächsischen Rechte die Unterscheidung vom Sollen des Schuldners und des Gläubigers zeigen. Dieselben Erscheinungen finden sich

---

10. Schuldvertrag 100.

11. Schuldvertrag 101 und Schuld und Haftung, Zeitschr. für Handelsrecht 71, 302.

12. Sachsensp. I 1.

13. Ebenda I 2 § 1.

14. Ebenda III 40 § 3.

15. Ebenda I 24 § 1.

übrigens u. a. im altschwedischen, westnordischen[16] und im burgundischen[17] Rechte.

Wenn sich aus diesen Fällen die unbestrittene Folge ergibt, daß im deutschrechtlichen Schuldverhältnisse sowohl der Zustand des Schuldners wie des Gläubigers gemeinsam ein Sollen genannt wird, so kann das Sollen, wie Puntschart richtig erkannt hat, nur rechtliches Bestimmtsein bedeuten. Und zwar bestimmt die Rechtsordnung, indem sich ihre Norm befehlend an den Schuldner wendet, er solle leisten, und damit zugleich, der Gläubiger solle etwas bekommen. Das Bekommensollen ist also nichts weiter als der notwendige Widerschein des Leistensollens oder mit anderen Worten: die Folge des Satzes, daß der leistensollende Schuldner einer anderen Person gegenüber seine Leistung loswerden muß.

Wenn Wolff[18] fragt, wem denn die Rechtsordnung die Leistung gebietet, die der Berechtigte bekommen „soll", so ist ihm darauf zu antworten: dem Schuldner. Dieser soll dem Gläubiger leisten, also „soll" der Gläubiger etwas vom Schuldner erhalten.

Das Wesen des Bekommensollens besteht demnach in der rechtlichen Bestimmung des Gläubigers, durch Leistung etwas zu erhalten.

Kann hiernach über die Zerlegung von Schuld in Leisten- und Bekommensollen und deren Bedeutung kaum ein Zweifel bestehen, so bleibt noch zu der Frage Stellung zu nehmen,

16. Vgl. v. Amira I 36 und II 68.

17. Vgl. lex Burgundionum 19 § 10: Quicumque fideiussor noluerit satisfacere debitori.

18. Lb. 433.

ob die Gläubigerschuld auch selbständig und unabhängig von einer Schuldnerschuld vorhanden sein kann. Neuerdings hat sich nämlich die gewichtige Stimme Strohals[19] dafür erhoben, daß die Gläubigerschuld die alleinige Grundlage in den Fällen der reinen Sachhaftung bilde. Daß also Sachen dem Gläubiger als Pfand für ein ihm bestimmtes Bekommen dienen könnten, ohne daß es der Ermittlung einer Person bedürfe, welcher die Schuldnerrolle zufiele. Der Fall wird uns bei der Darstellung der Sachhaftung noch einmal beschäftigen. Es muß aber bei der Wichtigkeit dieser Frage für die spätere Untersuchung von Schuld und Haftung im Grundpfandrecht mit Nachdruck an dieser Stelle betont werden, daß es bei der Gläubigerschuld auf ein Bekommensollen durch Leistung, und zwar regelmäßig eine vermögensrechtliche Leistung ankommt[20]. Eine Leistung kann aber nur von einer Person bewirkt werden, so daß dem Gläubiger, der etwas bekommen soll, unbedingt eine Person gegenüberstehen muß, der die Leistung obliegt. Das geht schon aus den hier erwähnten Beispielen hervor: wenn dem Gläubiger das geschuldete Silber „soll", so muß notwendig eine Person da sein, die ihm das Silber verschafft.

Nicht jedes Sollen = rechtliches Bestimmtsein ist im Sinne der Quellen eine Schuld. Den Beweis hierfür erbringt z. B. das Magdeburger Recht, wo davon gesprochen wird, daß dieselben Pelzen und Kürschen nicht dem Könige und der Königin „sollen"[21]. Es kann aber nicht davon die Rede

19. Iherings J. **57** 282; dagegen freilich v. Gierke, Schuldnachfolge 41 Anm. 1.

20. Puntschart, Zeitschr. f. Handelsrecht 71, 303.

21. Siehe Puntschart, Schuldvertrag 101.

sein, daß Sachen nach der Auffassung des Mittelalters schulden können.

Würden ferner die Quellen von dem Bergbauberechtigten sagen, ihm „soll" das Silber, so würde dieses Sollen nur dessen Recht auf Entnahme des Silbers bedeuten. Es hieße den Begriff der Schuld überspannen, wollte man in solchen Fällen eine Gläubigerschuld annehmen.

Hieraus folgt einmal, daß nicht jedes Sollen eine Schuld ist, ferner, daß der Begriff der Gläubigerschuld nur im Zusammenhang mit einem Rechtssubjekt, das leisten soll, juristisch vorstellbar ist.

Aus dem hier vertretenen Standpunkt ist es auch nicht angängig, mit Strohal[22] statt des einmal angewandten Ausdrucks „gläubigerisches Bekommensollen", ein andermal von einem dem Gläubiger in Aussicht gestellten, rechtlich bestimmten Erfolg zu sprechen. Es ist zwar richtig, daß das Wort „bekommensollen" nicht für den Fall paßt, daß die Leistung des Schuldners im Unterlassen besteht. Aber der Ausdruck „rechtlich bestimmter Erfolg" ist nicht geeignet, das Wesen der Gläubigerschuld zu erschöpfen, weil er eben die Person eines Leistensollenden nicht in sich aufnimmt.

Auch Wolffs Vorschlag[23], statt von einem Bekommensollen, von einem Entnehmenkönnen zu sprechen, erscheint mir bedenklich; denn die Schuld bewirkt auf Seiten des Gläubigers nur, daß er die Leistung erwarten darf, ohne ihm aber die Möglichkeit zu geben, die geschuldete Leistung zu entnehmen. Im Grunde genommen würde daher für den

---

22. a. a. O. 278.
23. Lb. 432 Anm. 1.

Zustand des Gläubigers statt des Bekommensollens das Wort „Erwartendürfen" die Rechtslage am besten charakterisieren.

Schuld im altdeutschen privatrechtlichen Sinne ist hiernach das Leistensollen eines Schuldners, dem das Bekommensollen (oder moderner gesprochen: das Erwartendürfen) des Gläubigers gegenübersteht.

§ 4.

Haftung.

Die Schuld verschafft dem Gläubiger nur eine Anwartschaft auf die Leistung des Schuldners. Mit dieser Rechtsposition kann sich der Gläubiger, zu dessen Gunsten der Schuldner leisten soll, in einem vorgeschrittenen Rechtsstadium nicht mehr begnügen. Es muß ihm vielmehr die Möglichkeit gegeben sein, mit Zwangsmitteln gegen ihn vorzugehen. Um nun einerseits einen Druck auf den Schuldner auszuüben, damit er breiwillig leiste, und dem Gläubiger anderseits Mittel zu geben, im Falle der Nichterfüllung der Schuld sich gleichwertigen Ersatz zu verschaffen, wird ihm von der Rechtsordnung eine Zugriffsmacht gegeben, die im römischen Recht, wie sich oben aus den Brinzschen Darlegungen ergab, in der obligatio selbst enthalten war und in den deutschen Rechten als Haftung zum Ausdruck kommt.

Haftung bedeutet sprachlich „Einständerschaft", „Gebundenheit", „Verstrickung", „Bindung"[1]. Das Wort

1. Vgl. Hübner 453 und den bei Puntschart, Schuldvertrag 129 ff. quellenmäßig gelieferten Nachweis.

„haften“ selbst wird von den Quellen selten gebraucht. Es findet sich nachweisbar zum ersten Male in einer Urkunde aus dem Jahre 1306 im folgenden Satze: „och sint disse vorgenannte burgin an des Koniges gegenwortichkeit in dirre Burgenhaft behaft“[2]. Zur Ermittlung des Inhalts des Haftungsbegriffes gehen wir zweckmäßig von einigen bereits vorhandenen historisch erarbeiteten Definitionen aus und unterziehen diese einer Prüfung.

Nach v. Gierke[3] ist Haftung „die Unterwerfung unter die Zugriffsmacht dessen, dem nicht geleistet wird, was ihm geleistet werden soll“. Drei Eigenschaften stellt Gierke als ihr Wesen dar: sie erscheine als Zustand der Gebundenheit für Schuld; sie sichere die Erreichung des Schuldzwecks und gebe ein Surrogat für die etwa ausbleibende Leistung.

Brunner[4] charakterisiert die Haftung kurz mit den Worten, sie sei Einstehen für Schuld.

Aehnlich sind die Definitionen von Puntschart und von v. Amira.

Puntschart[5] bezeichnet die Haftung als „Einstehensollen“, v. Amira[6,7] als den Zustand des Einstehens oder des Einsatzes für den Fall, daß eine Schuld nicht erfüllt wird, und auch ein Erfüllungssurrogat fehlt[8].

---

2. Vgl. hierzu Puntschart a. a. O. 131.
3. Schuld 11.
4. Grundriß § 50.
5. a. a. O. 114.
6. a. a. O. II 45.
7. Auch v. Amira spricht häufig von einem „Einstehensollen“, z. B. I 22 ff. und 40.
8. Dem Sinne nach ebenso Egger 21.

Rein sprachlich fällt an diesen Definitionen auf, daß in ihnen bald von einem Einstehen, bald von einem Einstehensollen die Rede ist. Tatsächlich liegt aber in beiden Ausdrücken derselbe Sinn. Denn das „Sollen" im Einstehensollen bedeutet in allen erwähnten Definitionen nach der Absicht der germanistischen Literatur wieder wie im Bekommensollen den Zustand des rechtlichen Bestimmtseins, nicht aber den Inhalt eines Rechtsgebots. Würde es die letzterwähnte Bedeutung haben sollen, so könnte das Wort nicht von Sachen gebraucht werden, die nach heute unbestrittener Ansicht zwar Haftungsgegenstand sein, aber niemals schulden können. Inhaltlich kommt daher in allen vorgelegten Begriffsbestimmungen der gleiche Grundgedanke zur Geltung, nämlich daß Haftung nur um einer Schuld willen bestehen kann, mithin die Schuld der Beweggrund der Haftung ist. Im Gegensatz zur Brinzschen Lehre ist also hier Schuld keine Phase der Obligation, sondern eine begriffliche Voraussetzung der Haftung.

In diesem Ergebnis liegt sicher ein Fortschritt gegenüber Brinz, aber auch in ihm ist m. E. ein Fehler enthalten. Es soll nicht bestritten werden, daß die bisher gezeigten Definitionen an einer Unzahl von Quellenstellen ihre Richtigkeit erprobt haben. Aber dank dem verdienstvollen Hinweis von Partsch[9] und Strohal[10] wissen wir heute, daß es auch Fälle gegeben hat, in denen nicht eine Schuld-, sondern eine Garantiehaftung bestanden hat. Das heißt: es konnte auch im germanischen Recht eine Haftung für den Eintritt oder

9. 55.
10. 287.

Nichteintritt eines Erfolges begründet werden, ohne daß die Garantiesumme „geschuldet“ wurde.

Partsch[11] zeigt zunächst für die ἐγγύη, den griechischen Bürgschaftsvertrag, daß es sich hier um einen reinen Garantievertrag, um eine Haftung des Bürgen ohne die Existenz eines Schuldners handelt. Als Beispiel gibt er folgenden Fall: Jemand garantiert dafür, daß ein Kriegsgefangener nach seiner Befreiung das Lösegeld zahlen werde. In diesem Falle, so führt Partsch aus, könne der Gefangene nicht Schuldner sein, weil er nicht dessen Rechtsgenosse, also auch nicht Subjekt der Rechtsordnung des Siegers sei[12]; es bestehe also eine Haftung des Bürgen ohne Schuldner.

Nun könnte man auf den Einwand gegen das Beispiel von Partsch gefaßt sein, daß zwar der Kriegsgefangene nichts schulden konnte, aber doch der ἔγγυος selbst das Lösegeld schuldete und für dieses im Falle der Nichtzahlung des Kriegsgefangenen haftete. Daran wäre richtig, daß sich aus der Uebernahme von persönlicher Haftung gleichzeitig ein Leistensollen ergibt. Dieses Leistensollen ist aber nicht eine Schuld im Sinne der germanischen Rechte, weil es nicht selbständig in die Erscheinung tritt, sondern nur als Ausfluß der persönlichen Haftung. Vorsichtigerweise hat daher Puntschart[13] in seiner Definition der Schuld zum Ausdruck gebracht, daß Schuld nur jenes Leistensollen sei, welches sich nicht als Ausfluß der persönlichen Haftung darstelle.

---

11. 56, 57.

12. Wegen des Beweises für die Behauptung von Partsch, daß der Ausländer sich nicht auf die Rechtsordnung des Inlandes stützen könne, verweise ich auf seine Ausführungen auf S. 57.

13. Schuld 103.

Das aus dem griechischen Recht gewonnene Ergebnis verfolgt Partsch auch im germanischen Recht, in dem er auch wirklich die parallelen Erscheinungen zur griechischen ἐγγύη findet. So beruft er sich u. a. auf eine småländische Zeugenaussage[14]. Dort ist davon die Rede, daß mehrere einem Kloster gegenüber die Haftung (fideiussio et securitas) übernehmen für den Fall, daß ein Dritter das Kloster angreifen oder ihm sonstwie einen Schaden zufügen werde. Es liegt also auch hier ein Fall der Haftung für den Nichteintritt eines Erfolges vor, davon aber, daß die Bürgen zugleich Schuldner sind, kann m. E. nicht die Rede sein.

Daß dieser Fall nicht vereinzelt dasteht, ist quellenmäßig zu beweisen[15]. Gierke selbst legt uns ähnliche Fälle vor, ohne aber aus ihnen die nötigen Folgerungen zu ziehen. So zeigt er[16], daß beim Treugelübde in den Fällen, in denen Gewähr gegen ein nachteiliges Handeln eines Dritten geleistet wird, nur die Erklärung liege, dafür einstehen zu wollen, daß die Handlung unterbleibe. Es sei aber darin zunächst nicht das Versprechen enthalten, daß der Dritte die Handlung nicht vornehmen werde. Als Beispiel gibt er einen Fall aus dem sächsischen Recht, in dem ein des Lehns sinnender Sohn seinem Herrn verspricht, dafür zu sorgen, daß seine Brüder den Herrn mit Ansprüchen wegen des Lehens verschonen würden.

Diese Stichproben mögen genügen, um darzutun, daß es auch im deutschen Rechte Haftung gibt, die nicht um einer

---

14. Partsch 55; v. Amira I 689.

15. Vgl. Strohal a. a. O. 287 Anm. 82 und die dort angegebenen Beispiele.

Schuld willen eintritt. Daraus ergibt sich die auch von Strohal[17] befürwortete Folgerung, daß die bisher üblichen Definitionen der deutschrechtlichen Haftung zu eng sind.

H a f t u n g ist mithin das Einstehen nicht nur für Schuld, sondern auch für den Eintritt oder Nichteintritt eines Erfolges.

Danach hat Haftung einen verschiedenen Inhalt, je nachdem sie Erfolgs- oder Schuldhaftung ist. Beiden gemeinsam ist das durch die Unterwerfung entstehende Herrschaftsverhältnis zwischen Berechtigten und Haftungsobjekt. Dieses entsteht in beiden Fällen nicht erst im Augenbick, in dem der garantierte Erfolg eintritt oder nicht eintritt bezw. der Schuldner wider die Erwartung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Sondern schon vorher besteht eine Bindung, die, wenn der zu sichernde Erfolg oder die Leistung eintritt, „gelöst, im entgegengesetzten Falle aber straffer angezogen wird“[18]. In ihrer ganzen Machtfülle wird die Haftung jedenfalls erst dann wirksam, wenn der, für den die Haftung besteht, zwecks Ausnutzung seiner Zugriffsmacht zur Selbsthilfe schreitet oder den Klage- und Vollstreckungsweg wählt[19]. Der inhaltliche Unterschied beider ergibt sich aus der Verschiedenheit ihrer Zwecke: die Verwirklichung der Erfolgshaftung liegt in der Erfüllung der gesetzten Garantie, während die der Schuldhaftung in der Ersatzleistung der nichterfüllten Schuld besteht. Die Erfolgshaftung soll bei

16. Schuld 207.
17. 282.
18. Brinz, Pand. II 810.
19 v. Gierke a. a. O. 12.

den hier folgenden Erörterungen ausscheiden, weil sie für das Problem von Schuld und Haftung nicht von Belang ist.

Bestritten ist übrigens, ob die zur zwangsweisen Erreichung des Schuldzweckes dienenden Saktionsmittel zur Schuld gehören, oder ob sie dem Haftungsbegriff unterstellt werden können. Die letztere Ansicht, die von v. Schwerin[20] gegen Silber[21] vertreten wird, ist m. E. die richtige. Denn wenn die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, so geschieht sie einmal zu anderer Zeit und am anderen Ort, als sie nach dem Inhalte der Schuld vor sich gehen sollte. Ferner leisten die Vollstreckungsorgane des Staates, also ein anderes Rechtssubjekt als dasjenige, welches zur Leistung verpflichtet ist. Diese Verschiedenheit der Rechtssubjekte tritt besonders in dem Falle hervor, wenn die Zwangsvollstreckung gegen den Willen des Schuldners von den staatlichen Organen bewirkt wird. Selbst wenn der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung dieselbe Geldsumme erhält, die ihm schuldmäßig gebührt, so liegt dennoch hierin aus den angeführten Gründen eine andere Leistung als die Schuldleistung[22]: ein Ersatz.

Gegenstand aller Haftung sind Personen, Vermögen und Sachen. Streitig ist, ob sich die Personen- und Vermögenshaftung unter einen Begriff bringen läßt, aus der Erwägung[23], daß die Person in beiden Fällen in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung einsteht. Die Getrenntheit beider Haftungen erscheint mir aber auf Grund der Eggerschen

---

20. 22.
21. Iherings J. **50**, 86.
22. So Puntschart a. a. O. 200 Anm. 1.
23. So Puntschart a. a. O. S. 200 Anm. 1.

Forschungen durchaus notwendig. Egger weist nämlich quellenmäßig nach[24], daß manche Haftung die Person nur in ihrer Körperlichkeit, manche wiederum nur in ihrem Vermögen erfaßt.

Die Entstehung der Haftung konnte auf zweierlei Weise geschehen[25]: entweder als unselbständige Haftung von Rechts wegen oder als selbständige durch ein besonderes Rechtsgeschäft. Auf die einzelnen Fälle hier einzugehen, würde zu weit führen. Es wird deswegen auf die systematische Darstellung v. Gierkes in seinem hier oft zugrunde gelegten Werke über Schuld und Haftung im älteren deutschen Rechte verwiesen. Nur einige Ergebnisse sollen wenigstens skizziert werden.

Die unselbständigen Haftungsverhältnisse entstanden durch Gewaltunterworfenheit oder Delikt: So konnte der Untergebene mit Zwangsmitteln zu Handlungen getrieben werden, ohne daß er sich rechtsgeschäftlich der Haftung unterworfen hatte; so verfiel ferner der Schuldige von Rechts wegen, nämlich auf Grund der Friedlosigkeit, der Zugriffsmacht des Verletzten und seiner Sippe.

Erst die durch Rechtsgeschäft entstehende Haftung ließ die Unterscheidung nach dem Haftungsgegenstand aufkommen, weil es nunmehr im Willen des Haftenden lag, ob er Körper, Vermögen oder Sache zur Haftung einsetzte.

Unter persönlicher Haftung verstehen wir, vorausgesetzt, daß wir von der Dreiteilung der Haftung ausgehen, die Verstrickung der Persönlichkeit mit Leib und Leben. Sie ist

---

24. Ausführliche Belege finden sich S. 459 ff.

25. Vgl. zu allem folgenden v. Gierke a. a. O. S. 12 ff.

die ursprünglichste und primitivste Form der Haftung. Ihre Entstehung hat sie im alten deutschen Wettvertrag (der langobardischen Vadiation und dem sächsischen Treugelübde[26]). Anfänglich erfolgte sie, wie bei der Vergeiselung, durch Hingabe der Person[27], später schwächte sie sich zu einem Versprechen der Hingabe der Person für den Fall ab, daß der Haftungsgrund eintrat; so bei der Selbstverbürgung[28]. Hieraus entwickelten sich im Mittelalter Schuldknechtschaft und Schulddienstbarkeit.

Ursprünglich gab auch die Schuldknechtschaft den Schuldner mehr oder weniger der Willkür des Gläubigers preis. Das gläubigerische Verstümmlungsrecht, das uns z. B. im Drontheimer Recht begegnet, ging später in ein Recht auf private Haftnahme und zur Zeit der Blüte der Städte in ein Verwahrungsrecht des Schuldners im öffentlichen Schuldgefängnis über. Durch Vermittlung der Kirche wurde schließlich die Verknechtung zu einer Art Satzung, die sich bei der Schulddienstbarkeit darin äußerte, daß der Schuldner so lange im Gesindeverhältnis des Gläubigers verblieb, bis er durch den Ertrag seiner Arbeit die Schuld getilgt hatte.

Als Ausfluß einer höheren Kultur erscheint die Vermögenshaftung, bei der das gesamte Vermögen des Haftenden eine Zugriffsmacht bildete. Als ein Beispiel mag hier nur die Vermögenshaftung genannt werden, die für die Gewährpflicht des Verkäufers nach Empfang des Kaufpreises

---

26. Vgl. Puntschart S. 513; Hazeltine S. 109.
27. v. Gierke S. 51.
28. v. Gierke S. 56.
28. Brunner, Grundriß S. 192.

bestand. Der Verkäufer hatte nämlich für seine Schuld, Angriffe Dritter gegen den Käufer abzuwehren, sein Vermögen dem Käufer bis zu dem Zeitpunkt haftbar zu machen, in welchem dieser die rechten Gewere an ihnen erwarb[30].

Neben der Haftung des gesamten schuldnerischen Vermögens gab es auch eine beschränkte Vermögenshaftung, bei der nur ein bestimmter Vermögenskomplex dem Gläubiger haftete. Als einer der Hauptfälle sei hier die Haftung des Erben genannt, der nach altem Recht mit Ausnahme der lex Ribuariorum nur mit dem Wert der Ebschaft haftete[31].

Die Eigenart der Vermögenshaftung bestand darin, daß sie dem Gläubiger nicht etwa Sachherrschaft oder dingliches Recht oder eine Gewere am Vermögen des Schuldners verschaffte, sondern ausschließlich eine Antwartschaft, ein Okkupationsrecht darauf[32], die Zugriffsmacht auf das gesamte Vermögen im Wege der Pfandnahme auszuüben. (Es wäre daher grundverkehrt, die Vermögenshaftung mit dem Worte „Generalhypothek“ zu bezeichnen).

Will man die Sachhaftung von der Vermögenshaftung unterscheidend charakterisieren, so ist das Hauptgewicht darauf zu legen, daß Sachhaftung grundsätzlich eine engere Beziehung zwischen dem Gläubiger und dem Haftungsgegenstande schuf. Denn sie bewirkte, daß der Gläubiger an der haftenden Sache Eigen- oder Satzungsgewere erwarb. Freilich zeigte sich die Sachhaftung bei der „jüngeren Satzung“ an Grundstücken in abgeschwächter Form. Hier

30. Vgl. Rabel, Haftung des Verkäufers S. 190.

31. Vgl. v. Gierke a. a. O. 90 ff. und die dort angeführte Literatur.

32. v. Gierke 77.

erlangte der Pfandgläubiger nur eine anwartschaftliche Satzungsgewere. Der Schuldner verblieb im Besitze des verpfändeten Grundstücks, während dem Gläubiger nur das Recht zustand, sich eventuell im Wege der Zwangsversteigerung aus dem Grundstück zu befriedigen[33]. Aehnlich war es bei der Verpfändung von Mobilien, wenn diese ohne Besitzübertragung erfolgte; man spricht hier von der Fahrnishypothek.

Noch minder intensiv erscheint die Sachhaftung im Falle der Einsetzung von Vermögensstücken zum Zwecke exekutiver Zugriffsmacht[34]. Denn hierbei handelte es sich nur um einen die Pfändung vorbereitenden und sichernden Akt, dessen Wirkung ideelle Gebundenheit bildete. Freilich ist zweifelhaft und bestritten, ob nicht dieses Beschlagsrecht nur eine Vermögenshaftung zur Folge hatte[35].

Bei der Sachhaftung ist wahrscheinlich die Unterscheidung von Schuld und Haftung entstanden[36], weil sich hier frühzeitig herausstellen mußte, daß das Subjekt des Schuld- und das des Haftungsverhältnisses ein verschiedenes war. Denn die Sache haftete, ohne zu schulden, da Sachen eben nicht „müssen" können. Andrerseits schuldete regelmäßig der Schuldner, ohne daß seine Person haftete. Zwar konnte, wie Puntschart[37] aus dem sächsischen Recht nachgewiesen hat, für eine Schuld eine Doppelhaftung, also von

---

33. Vgl. v. Gierke, Schuld und Haftung S. 31.

34 Vgl. Rabel, Verfügungsbeschr. 44 ff.

35. Dafür v. Gierke, Schuld und Haftung 80, dagegen Rabel a. a. O. 71.

36. Vgl. Puntschart, Schuldvertrag 233.

37. Schuldvertrag S. 274.

Person und Sache, entstehen. Dies traf namentlich bei der Pfandnahme[38] durch einseitiges okkupatorisches Rechtsgeschäft zu. Der quellenmäßige Normalfall der rechtsgeschäftlich begründeten Sachhaftung war jedenfalls der, daß nur das Pfand und nicht auch der Schuldner dem Gläubiger haftete. Die letztgenannte Haftungsart pflegt man mit „reiner Sachhaftung" zu bezeichnen.

Sachhaftung mußte immer um einer Schuld willen bestehen. Im Sachsenspiegel III 5 § 5 ist ausdrücklich von einem Einstehen die Rede, das seinerseits ohne eine Schuld nicht verständlich wäre. Außerdem sprechen die Quellen davon, daß der Pfandgeber leisten solle, daß er schuldig sei[39]. Das mag hier mit einigem Nachdruck betont werden, weil von Strohal[40] auch mit Beziehung auf das altgermanische Recht neuerdings die Ansicht vertreten wird, daß die reine Sachhaftung nur eine Gläubigerschuld zur notwendigen Voraussetzung gehabt habe. Wie bereits zu zeigen versucht worden ist, war die Gläubigerschuld nur der Schatten der Schuldnerschuld, so daß für den Fall, daß eine Gläubigerschuld existierte, notwendig immer auf das Dasein einer Schuld des Schuldners geschlossen werden kann. Abgesehen davon steht auch die Ansicht Strohals, wie wir sahen, nicht im Einklange mit den altdeutschen Rechtsquellen, in denen beim Vorliegen von rechtsgeschäftlich begründeter Sachhaftung ausdrücklich immer der Schuldnerschuld Erwähnung getan wird. Richtig ist zwar, daß zwischen Geld- und Pfandgeber bei der Hingabe des Pfandes vereinbart

38. v. Gierke, Schuld und Haftung S. 34.
39. Vgl. Puntschart 271 u. 272 mit Anm. 4, 5.
40. 282 ff.

werden konnte, der Geldnehmer sollte zur Einlösung lediglich berechtigt sein. Aber auch in diesem Falle bedarf man zur Erklärung des rechtlichen Vorgangs nicht der Krücke der schemenhaften Gläubigerschuld. Denn auch hier sollte offenbar in erster Linie der Einlösungsberechtigte die der Pfandsetzung zugrunde liegende Schuld erfüllen; nur erklärte sich der Gläubiger zugleich mit Annahme des Pfandes im Voraus damit einverstanden, das Pfand im Falle der Nichterfüllung als Leistung an Erfüllungsstatt hinzunehmen[41].

Nun hat Strohal[42] weiter seine Lehre von der Entbehrlichkeit der Schuldnerschuld bei Sachhaftung darauf gestützt, daß im Falle des zufälligen Untergangs des Pfandes nicht nur dessen Haftung, sondern auch das gläubigerische Bekommensollen entfiele; auch das sei mit der Annahme eines unabhängig von der Haftung bestehenden Leistensollens nicht verträglich.

Strohal muß allerdings zugegeben werden, daß seine Gegner in diesem Falle eine Abhängigkeit der Schuldnerschuld von der Haftung annehmen müssen. Denn denkbar wäre es gewesen, daß, wenn das Pfand zufällig unterging, die Schuld ohne Haftung bestehen geblieben wäre. Wenn diese Wirkung aber offenbar im altdeutschen Rechte nicht eintrat, so liegt das wohl daran, daß das Uebrigbleiben einer nicht realisierbaren Schuld dem entwickelten deutschen Rechte bereits fremd war[43].

---

41. Vgl. hierzu v. Gierke, Schuld und Haftung S. 23 u. 28.
42. a. a. O. S. 283.
43. Vgl. unten S. 42.

Der Begriff der Sachhaftung hat sich im Fahrnispfandrecht gebildet[44]. Es ist eine verständliche Eigenart der Urzeit, wenn diese greifbare Sicherheiten für eingegangene Schulden verlangt. So ist denn auch das Fahrnispfandrecht ein Besitzpfandrecht gewesen, das dem Gläubiger die Gewere über die Sache verschaffte.

Später hat sich im Liegenschaftsrecht die Haftung für Schuld entwickelt. Wenn auch bei der bedingten Uebereignung von Liegenschaften zum Zwecke der Sicherung die Sachhaftung noch nicht als selbständiges Gebilde ausgeprägt war, so bewährte sich die Selbständigkeit der reinen Sachhaftung bereits bei der in fränkischer Zeit aufgekommenen älteren Satzung, die wie das Fahrnispfandrecht zum Besitze führte. Auch hier konnte sich der Gläubiger, falls der Schuldner von der Einlösung keinen Gebrauch machte, wegen Nichterfüllung der Schuld nur an die ihm verpfändete Liegenschaft halten, und zwar, indem er die Nutzungen aus ihr zog (Zinssatzung bezw. Todsatzung), ohne allerdings ein Eigentums- oder Veräußerungsrecht an dem Liegenschaftspfande zu erlangen.

Ebenso schuf die jüngere Satzung reine Sachhaftung. Wenn auch dort wie im modernen Grundpfandrecht der Gläubiger keinen Besitz am Grundstück erlangte, so äußerte sich doch die Haftung darin, daß der Gläubiger bereits vor Fälligkeit der Schuld eine Verfügung des Schuldners ohne dessen Erlaubnis verhindern konnte[45]. Wir sehen also, die

---

44. Vgl. v. Gierke, a. a. O. 22.

45. Gierke a. a. O. 31 und Deutsches Privatrecht 820 Anm. 14.

Eigentümlichkeit des mittelalterlich deutschen Pfandrechts bestand in der Sachhaftung für reine Schuld.

Schließlich muß hier noch als Erscheinungsform der Sachhaftung die von Gierke behauptete „Sachhaftung kraft dinglicher Schuld" erwähnt werden, weil sie nach dessen Auffassung auch unserm modernen Grundpfandrecht zugrunde liegen soll. Mit dem Begriff der dinglichen Schuld werden wir uns zweckmäßig erst bei der Untersuchung des heutigen Grundpfandrechts auseinanderzusetzen haben. Hier sei nur bemerkt[46], daß es sich um eine Schuld handeln soll, die als Passivbestandteil des Grundvermögens den jeweiligen Eigentümer mit Leistungen beschwert. Eine solche dingliche Schuld, die nichts mit einer persönlichen Verpflichtung des Eigentümers nach Gierke gemein hat, soll sich bei den Reallasten und vor allem beim Rentenkauf im deutschen Recht entwickelt haben.

§ 5.

Schuld und Haftung.

In den vorangegangenen Abschnitten ist versucht worden, die Gebilde Schuld und Haftung im alten deutschen Rechte zu beleuchten; es bleibt nun ihr Verhältnis zueinander zu behandeln.

Schuld ist ein selbständiges Rechtsverhältnis, das begriffsmäßig ein Einstehen, Haftung, nicht verlangt. Zum Beispiel konnte nach westgotischem Rechte[1] der Unmündige,

---

46. Gierke, Deutsch. Privatr. 711.

1. Vgl. v. Amira I 40.

der eine Kirchenschuld zu zahlen hatte, deswegen von der Kirche nicht belangt werden. Selten wird allerdings der Fall eintreten, daß die Rechtsordnung eine Schuld gelten läßt, deren Ersatz nicht zumindest von einem Dritten statt vom Schuldner verlangt werden konnte. So mußte sich auch in dem Beispiel des Unmündigen dessen Vormund bannen lassen.

Jedenfalls ist es ein Zeichen des noch unentwickelten Privatrechts, wenn es das Sollen des Schuldners nicht zum Müssen steigert. Denn es liegt im Wege einer straffen Rechtsorganisation und nicht zum geringsten im Privatrecht, dem Gläubiger mit allen Mitteln zu seinem Rechte zu verhelfen. So ist denn auch schon vor der Rezeption des römischen Rechts Schuld ohne Haftung fast völlig verschwunden.

Begrifflich unselbständiger als die Schuld ist die Haftung. Wenn es sich nicht gerade um Garantiehaftung handelt, bei welcher der Haftungsgegenstand für den Eintritt oder Nichteintritt eines Erfolges gesetzt ist, muß Haftung sich an Schuld anlehnen; denn dann ist Schuld das Wofür der Haftung. Doch ist nicht notwendig[2], daß die Schuld schon mit der Entstehung der Haftung in die rechtliche Erscheinung tritt, es gibt vielmehr auch Haftung für zukünftige Schuld. Ferner finden sich zahlreiche Fälle, in denen der Haftende nicht für seine eigene, sondern eines Dritten Schuld einsteht, und anderseits der Schuldner nicht persönlich haftet. Das gilt z. B. vom Bürgen, der seinen Körper für die Schuld eines andern einsetzt. Denn wie v. Amira[3] und Puntschart[4]

2. Vgl. Gierke a. a. O. 99.

3. I 693 ff., II 840 ff.

nachgewiesen haben, ist die Leistung des Bürgen immer nur Ersatzleistung, nicht Schulderfüllung. Dieser haftet, ohne zu schulden, während der Schuldner für seine eigene Schuld nicht einzustehen hat.

Wie aus der Schuld Haftung, so kann auch, wie die geschichtliche Entwicklung lehrt, umgekehrt aus Haftung Schuld entstehen. So ist es zu verstehen, daß der Haftung des Tierherrn für den vom Tier verursachten Schaden allmählich eine Schuld des Tierhalters entsprungen ist[5]. Wenn auch ursprünglich die Vorstellung dahin ging, daß das Tier selbst schuldete, so ersieht man schon aus dem Sachsenspiegel[6], daß der Tierherr nach dem Wortlaute der Quellen leisten sollte.

Das Verhältnis von Schuld und Haftung wird noch in eigenartiger Weise durch ihre Wertbeziehungen zueinander beleuchtet. Wie eine Haftung über den Rahmen der Schuld hinausgehen kann, besteht auch die Möglichkeit, daß der Umfang der Haftung der Schuld gegenüber erweitert ist, so daß z. B. für eine Schuld von 100 M. eine Sache im Werte von 1000 M. einstehen, aber auch umgekehrt eine Sachhaftung in Höhe von 100 M. für eine Schuld von 1000 M. bestehen kann.

Zweifelhaft ist die Rechtslage, wenn das Haftungsobjekt untergeht oder erschöpft ist. In diesen Fällen ist die Bindung gleich Null; würde hier die Schuld weiterbestehen, so würde

---

4. a. a. O. 174 ff.

5. Vgl. v. Gierke a. a. O. 103 und 15 Anm. 11—17, und die dort angegebene Literatur.

6. II 40 § 1.

sie als ein blasses theoretisches Gebilde existieren, da ihre Erfüllung nicht erreicht werden könnte. Uebereinstimmend mit diesem Ergebnis kommen v. Gierke[7] und v. Amira[7] zu der auch historisch begründeten Anschauung, daß unter solchen Umständen das Ende der Haftung das Erlöschen der Schuld zur Folge hatte.

7. v. Gierke a. a. O. 108 und v. Amira I 218. Dagegen ohne ausreichende Begründung v. Schwerin 32 Anm. 27.

Dritter Abschnitt.

Schuld und Haftung im heutigen Grundpfandrecht?

§ 6.

Sachhaftung und Schuld im geltenden Privatrecht.

Da die deutschrechtliche Entdeckung der Selbständigkeit von Schuld und Haftung ein Forschungsergebnis der letzten 15 Jahre darstellt,[1], ist es erklärlich, daß eine bewußte Herausarbeitung beider Begriffe unserm an der Schwelle des jetzigen Jahrhunderts geborenen neuen Rechte noch nicht eigen ist.

Zwar enthält auch unser deutsches Bürgerliches Gesetzbuch die Worte „Schuld", „Haftung", „persönliche Haftung": es spricht ferner davon, daß ein Grundstück „haftet". Aber schon der Umstand, daß das Wort „Schuld" in willkürlichem Durcheinander das Wort „Verbindlichkeit" ablöst[2] — man vergleiche nur § 425 mit § 1976 —, ferner der Umstand, daß z. B. im Handelsgesetzbuch — §§ 487, 762 — die Worte „haften" und „persönlich verpflichtet sein" für einen und denselben Begriff einander

---

1. Mit Ausnahme des nordgerman. Obligationsrechts von v. Amira.

2. Vgl. Strohal 290.

abwechseln, deutet darauf hin, daß zumindest sprachlich von der Gesetzgebung kein Gewicht auf eine scharfe Unterscheidung gelegt worden ist. Wenn in dem erwähnten Beispiele das Wort „Verbindlichkeit", das immer bereits auf die Haftung hinweist[3], mit Schuld identifiziert ist, so ersieht man schon daraus, daß sich der Begriff der Schuld in terminologischer Hinsicht von dem altdeutschen Schuldbegriff merklich entfernt hat.

Was den Begriff der Haftung betrifft, so wird sprachlich heute nur noch persönliche und Sachhaftung unterschieden. Freilich handelt es sich bei der persönlichen Haftung nicht mehr um die Verstrickung von Leib und Leben des Schuldners, sondern um das Einsetzen seines Vermögens. Der Begriff, den wir im altdeutschen Recht mit Vermögenshaftung verbanden, ist also heute auf die persönliche Haftung übertragen, wenn sich auch noch Spuren der körperlichen Haftung bei der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von unvertretbaren Handlungen — §§ 888—890 ZPO. — und bei der Manifestationshaft im § 901 ZPO. finden.

Will man nun das heutige Recht auf das Vorhandensein der Begriffe „Schuld" und „Haftung" und deren Verhältnis zu einander prüfen, so wird man zweckmäßig ohne Rücksicht auf den heutigen Sprachgebrauch mit den aus den germanischen Rechten herausgearbeiteten Begriffen an die Untersuchung herangehen.

Bei der Beschränkung des Themas auf das Grundpfandrecht entsteht zunächst die Vorfrage, ob die Scheidung

---

3. Vgl. Strohal 290 und Dernburg II 10.

von Schuld und Haftung dem heutigen Rechte noch entspricht.

Für das alte deutsche Recht ist namentlich unter Berücksichtigung der sächsischen Quellen darauf hingewiesen[1], daß Sachhaftung zwar neben persönlicher Haftung für Vertragsschulden denkbar war, mangels einer besonderen Vereinbarung zwischen den Parteien aber das alleinige Bindungsmittel für den Gläubiger bildete.

Heute liegen diese Verhältnisse anders. Sachhaftungen erscheinen zwar auch im modernen Privatrecht in verschiedenen Formen: als Haftung von beweglichen wie unbeweglichen Sachen wie von Schiffen. Aber regelmäßig lehnen sich diese Sachhaftungen an „Schuldverhältnisse" an, zu deren Sicherung sie dienen. Im „Schuldverhältnis" des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet sich nun eine Verschmelzung der Begriffe Schuld und Vermögenshaftung; es liegt in ihm eine Schuld, an die von Rechts wegen eine Haftung geknüpft wird. Denn § 241 BGB. bestimmt, daß der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Das heißt im Sinne des altdeutschen Rechts: die Rechtsordnung gebietet dem Schuldner eine Leistung und läßt ihn für diese seine Schuld mit dem Vermögen haften.

Sachhaftung besteht demnach der Regel nach nicht mehr für „reine", sondern bereits durch Vermögenshaftung gesicherte Schulden.

Freilich würde man Fälle der Sachhaftung für reine Schuld auch im heutigen Recht entdecken können, wenn

---

4. Vgl. oben S. 37.

man z. B. die sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten als reine Schulden im Sinne der germanischen Rechte ansehen würde[5].

Aber auch abgesehen von diesen strittigen Fällen versucht man die Unterscheidung von Sachhaftung für reine Schuld dadurch zu retten, daß man eine Schuld des Eigentümers der haftenden Sache konstruiert. In diesem Falle würde also, wenn wir als Beispiel die Hypothek ins Auge fassen, Schuld und persönliche Haftung des persönlichen Schuldners bestehen und daneben für diese wiederum eine Schuld des Eigentümers und dingliche Haftung des Grundstücks. Der Pleonasmus, der hierin liegt, erhellt vollends, wenn der Eigentümer des hypothekarisch belasteten Grundstücks, wie das die Regel ist, zugleich persönlicher Schuldner ist. Denn dann ist der Eigentümer einmal kraft des obligatorischen Rechtsverhältnisses Schuldner, ferner aber auch wegen der dinglichen Belastung. Eine solche Konstruktion wird nur dann aufrecht erhalten werden können, wenn die nachfolgende Untersuchung des Grundpfandrechts zwingende Gründe für ihre Annahme ergibt.

Die Frage ist jedenfalls nicht ohne praktische Bedeutung. Wird sie doch z. B. dann akut, wenn der Eigentümer eines hypothekenbelasteten Grundstücks, der nicht persönlicher Schuldner ist, in dem irrigen Glauben zahlt, kraft der Hypothek persönlich verpflichtet zu sein, und zwar in einem Zeitpunkt, an dem der Gläubiger in der Zwangsversteigerung mit seiner Hypothek ausgefallen wäre. Hat der Eigentümer dann eine condictio[6]?

5. Vgl. hierzu Isay S. 191.
6. Vgl. Wolff, Lb. 435.

Die Frage nach Schuld und Haftung im heutigen Grundpfandrecht konkretisiert sich nach den vorausgegangenen Erörterungen nunmehr dahin:

Bestehen die heutigen Grundpfandrechte aus einer Sachhaftung für eine Schuld des Grundeigentümers?

Die Beantwortung dieser Frage erfordert zunächst eine Rechtfertigung der einheitlichen Untersuchung der Grundpfandrechte. Daraufhin soll in Form einer Gesetzeskritik geprüft werden, ob der Eigentümer, auf Grund der Belastung seines Grundstücks mit einem Pfandrecht, leisten soll. Wird nämlich, wie es hier geschehen wird, diese Frage verneint, so entfällt damit die Möglichkeit, eine Trennung von Schuld und Haftung im Sinne des alten deutschen Rechts anzunehmen, und es fallen zugleich alle Theorien in sich zusammen, die von einem Leistensollen des Eigentümers ausgehen. Das wird im einzelnen zu zeigen sein, um schließlich darzulegen, worin heute das Wesen der Grundpfandrechte beruht.

§ 7.

Die Beziehungen der Grundpfandrechte zueinander[1].

Die vergleichende Betrachtung der Grundpfandrechte, d. h. der Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld, zeigt,

1. Wir bezeichnen mit dem Worte „Grundpfandrecht“ zweierlei: einmal im weiteren Sinne die Lehre von der Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld, ferner im engeren Sinne jede einzelne dieser drei Belastungsarten.

daß diese einander nahe genug verwandt sind, um sie einer gemeinschaftlichen dogmatischen Untersuchung zu unterziehen. Schon äußerlich ist ihr Zusammenhang dadurch erkennbar, daß ihnen gemeinsam der 8. Abschnitt des 3. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuchs gewidmet ist. Außerdem deuten die Verweisungen der Grundschuld- und Rentenschuldbestimmungen auf die Vorschriften über die Hypothek, ferner die leichte Möglichkeit der einzelnen Rechte, sich ex lege und contractu in einander zu verwandeln, wie die Gleichartigkeit der Begriffsbestimmungen in den §§ 1113, 1191 und 1199 BGB. darauf hin, daß dem Gesetzgeber ein einheitlicher Pfandrechtstyp vor Augen geschwebt hat, den er mit geringen Unterscheidungen in dreierlei Erscheinungsformen gebracht hat.

Allen drei Kreditformen ist gemeinsam, daß sie Belastungen eines Grundstücks sind, kraft deren an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine Geldsumme aus dem Grundstück, und zwar im Wege der Zwangsvollstreckung zu zahlen ist.

Die Grundform der Pfandrechte an einem Grundstück ist die Grundschuld. Sie ist die abstrakte Summenbelastung eines Grundstücks. Begrifflich ist ihr Entstehen und Bestehen nicht an ein Schuldverhältnis geknüpft, wenn sich auch tatsächlich ihre Begründung ohne einen außerhalb von ihr liegenden Zweck nicht denken läßt[2]. Von ihr unterscheidet sich die Rentenschuld nur dadurch, daß sie nicht auf einmalige Kapitalsleistung, sondern auf periodisch wiederkehrende Geldleistungen abgestellt ist. Um ihre Beziehungen

2. Puntschart, Grundschuldbegr. 1.

zur Grundschuld zu kennzeichnen, könnte man sie daher nach dem Vorbilde Dernburgs[3] Rentengrundschuld nennen.

Im Gegensatz zu beiden Rechten, die grundsätzlich unabhängig von Schuldverhältnissen sind, ist die Hypothek in ihrem Entstehen akzessorisch. Denn sie muß nach § 1113 BGB. zur Sicherung einer persönlichen Forderung begründet werden. Ob sie allerdings in ihrem Bestande in diesem Abhängigkeitsverhältnisse verbleibt, ist heute stark umstritten[4]. Ich möchte auch in dieser Lage an ihrer akzessorischen Natur festhalten, weil diese offenbar dem Willen der Gesetzgebung zugrundeliegt, wie sich aus dem § 1153 BGB. ergibt. Denn weder kann eine Forderung ohne Hypothek, noch eine Hypothek ohne Forderung übertragen werden. Diese Regel wird nur scheinbar dadurch durchbrochen, daß die Abtretung einer Hypothek, die für eine nichtige oder später weggefallene Forderung bestellt ist, an einen gutgläubigen Dritten auf Grund der §§ 892, 1138 BGB. möglich und gültig ist. In diesem Falle erwirbt aber der Dritte keine Hypothek, sondern nur eine Grundschuld.

Der Grund ist der: das Recht, das der gutgläubige Dritte vom Zedenten erwirbt, ist, da die zugrunde liegende Forderung nichtig oder nicht mehr bestehend ist, bis zum Augenblick der Zession gemäß §§ 1163, 1177 BGB. eine Eigentümerschuld. Es ist nun nicht einzusehen, warum diese sich plötzlich in eine Hypothek dadurch verwandeln soll,

---

3. III 686.

4. Dafür Dernburg III 736; Wolff Lb. 438; dagegen Oberneck II 6; Hachenburg 545 ff.; Staudinger zu § 1113; nach den Protokollen III 539 soll die Existenz der Forderung allein für die Legitimation des Hypothekengläubigers wesentlich sein.

daß sie auf den Dritten übergeht, zumal die nichtige oder Nichtforderung auch nach der Abtretung an den Dritten nicht wirksam wird, zum Entstehen einer Fremdhypothek somit ein nach § 1113 BGB. wesentliches Erfordernis fehlt[5].

Jedenfalls sind die Abweichungen der Grundpfandrechte untereinander, die einmal in dem verschiedenen Leistungsinhalt, das andere Mal in dem Verhältnis des Pfandrechts zur persönlichen Forderung liegen, nicht geeignet, die Einheit im Wesen der Grundpfandrechte zu zersplittern.

Die Einheit des Pfandrechtsbegriffs ist freilich von Schwind[6] deswegen bestritten worden, weil sich nach seiner Lehre die Eigentümergrundschuld diesem Begriffe nicht unterordnen läßt. Bei der hier noch zu vertretenden Auffassung vom Wesen der Pfandrechte als dinglichen Rechten, welche die Grundstücke hinsichtlich ihrer Werte ergreifen, bietet die Einordnung der Eigentümergrundschuld unter den Begriff des Grundpfandrechts keinerlei Schwierigkeiten.

Es steht daher bei einer Problemuntersuchung, die das Wesen der Grundpfandrechte angeht, einer einheitlichen Prüfung nichts im Wege.

§ 8.

Zahlungsschuld des Eigentümers.

Der Gesetzgeber, der grundsätzlich der Wissenschaft die juristische Konstruktion der Grundpfandrechte überlassen

---

5. Im Ergebnis ebenso Wolff Lb. 466 ff. und die dazu gehörigen Anm. 8—10, wo er überzeugend seinen Standpunkt gegen die dort angeführte herrschende Meinung vertritt.

6. 144.

wollte[1], hat zu der Frage der Zahlungsschuld des Eigentümers keine Stellung genommen. Man wird daher daraus, daß das Gesetz einige Mal, z. B. in §§ 1118, 1132 BGB. von einer Haftung spricht, nicht auf das Dasein einer solchen Schuld zu schließen haben. Zweifellos sollte in den erwähnten Gesetzesstellen das Wort „haften" nicht in dem prägnanten Sinne des alten deutschen Rechts erscheinen, sondern nichts weiter als den Inhalt der Funktion des Grundstücks infolge der hypothekarischen Belastung zum Ausdruck bringen.

Den geeigneten Ausgangspunkt für die Untersuchung der Zahlungspflicht bietet die grundlegende Bestimmung des § 1113 BGB.:

> „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist."

Hier wird zwar der Berechtigte genannt, für den die Belastung erfolgt, aber eines Schuldners, der zahlen soll, wird mit keinem Worte Erwähnung getan. Dieses Schweigen gibt um so mehr zur Aufmerksamkeit Anlaß, als § 1113 die Begriffsbestimmung der Hypothek enthält. Hierzu kommt, daß im § 1147 der Satz, „es ist aus dem Grundstück zu zahlen", folgendermaßen erläutert wird:

> „Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung."

---

1. So Mot. II 610 mit Bezug auf die Grundschuld.

Merkwürdig erscheint zwar, wenn man § 1147 als ergänzende Bestimmung zu § 1113 auffaßt, daß im § 1147, nicht wie im § 1113, von Zahlung, sondern von Befriedigung die Rede ist. Denn nimmt man die Worte scharf in ihrer Bedeutung, so ist Befriedigung nicht die Zahlung selbst, sondern nur ihre Wirkung. Immerhin rührt dieser Ausdruck aus dem I. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs her, wo er der Begriffsbestimmung besser entsprach[2], und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß in beide Ausdrücke vom Gesetzgeber derselbe Sinn hineingelegt worden ist.

Ist dies aber der Fall, so ist bemerkenswert, daß auch § 1147 den Eigentümer nicht berücksichtigt. Diesen Umstand wird man nicht anders deuten können, als daß der Gesetzgeber von einer Pflicht des Zahlens völlig absehen und die Verwertung auf den Charakter eines Selbstbetätigungsrechtes des Gläubigers abstellen wollte. Ihm sollte das Recht gegeben werden, den Wert, der ihm am Grundstück gebührt, sich selbst zu verschaffen. Um dies Ziel zu erreichen, wurde ihm das Mittel der Zwangsvollstreckung verliehen.

Diese Auslegung des § 1147 gewinnt durch folgende Erwägung an Wahrscheinlichkeit: Würde durch die Hypothekenbestellung eine Zahlungspflicht des Grundeigentümers geschaffen werden, so wäre die Zwangsvollstreckung, die, wie wir eben sahen, vom Gesetze als Realisierung des Hypothekenrechts gedacht ist, die Erfüllung der Zahlungspflicht enthalten.

Das ist jedoch unmöglich. Denn die Erfüllung der

---

2. Vgl. Fuchs zu § 1113 BGB.

Zahlungspflicht besteht in der Hingabe von Geld, folglich in einer positiven Leistung. Bei der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück fällt aber dessen Eigentümer nichts weiter als die Rolle des Duldens, also eine negative Leistung, zu. Die Anhänger der Zahlungspflicht geraten hier daher in eine Sackgasse, aus der es, glaube ich, keinen andern Ausweg als Rückzug gibt.

In unserer ablehnenden Stellungnahme zur Zahlungspflicht bestärkt uns noch der Inhalt des § 1142. Hiernach ist der Eigentümer „berechtigt", unter bestimmten Voraussetzungen den Gläubiger zu befriedigen, also die Zwangsvollstreckung durch freiwillige Zahlung abzuwenden. Wenn nun nach § 1113 eine Verpflichtung begründet wäre, so würde diese nach allgemeinen Grundsätzen auch die Berechtigung zur Leistung in sich enthalten; denn, wer leisten „soll", „darf" auch leisten. Dann aber würde § 1142 überflüssig sein, und die dort ausgesprochene Berechtigung würde sich von selber ergeben[3]. — Auch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[4] soll durch die unpersönliche Fassung der Begriffsbestimmung zum Ausdruck gebracht werden, daß der Gläubiger mit der Verwirklichung seines Hypothekenrechts lediglich auf den Weg der Zwangsvollstreckung verwiesen werde.

Zu alledem kommt noch, daß die Annahme einer Zahlungsschuld unmöglich bei der Eigentümergrundschuld wird, da unser modernes Recht eine privatrechtliche Verpflichtung, die ein Schuldner gegen sich selbst hat, nicht anerkennt.

3. Oberneck II 2 Anm. 4; a. A. Turnau-Förster zu § 1142.
4. **56**, 324.

Wird somit die Pflicht des Eigentümers zur Zahlung abgelehnt, so bleiben noch die Kriterien zu würdigen, welche die Anhänger der Zahlungspflicht zum Beweise anführen. Wenn auch zunächst Kritik an deren Theorien nicht geübt werden soll, so wird dennoch schon hier der Uebersicht halber ihre Gruppierung zu erfolgen haben.

Die Reihe der Theorien beginnen wir mit der Lehre von der Realobligation, weil sie die älteste von denen ist, die eine Leistungspflicht des Eigentümers annehmen, wenn sie auch, wie mit aller Schärfe betont werden muß, mit der Unterscheidung von Schuld und Haftung nicht das geringste zu tun hat. Der Begriff der Realobligation, der zuerst durch von Meibom[5] für das mecklenburgische Hypothekenrecht gefunden wurde, aber auch noch heute vielfach[6] vertreten wird, bedeutet, daß der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks zur Zahlung aus dem Grundstück oder, wie Fuchs[7] sagt, „mit den Kräften des Grundstücks" verpflichtet wird. Es handelt sich hier also um ein in das Sachenrecht eingefügtes Schuldverhältnis, das auf den Inhalt des Grundstücks beschränkt ist.

Mit der Lehre von der Realobligation verwandt, aber durch die Unterscheidung von Schuld und Haftung getrennt, ist die Lehre von der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung[8]. Sie hat mit der Lehre der Realobligation gemein,

---

5. Jahrb. d. gem. d. R. **4** 49.

6. Vgl. Fuchs zu § 1113; Cosack Lb. 211; Oertmann, allerdings vor 1900; Iherings J. **31** 466; Siber, ebenda **50** 132 ff.; Hachenburg, Vorträge 535.

7. a. a. O. 57.

8. Vgl. v. Gierke DPrR. 852 ff.; Dernburg III 689; Hübner

daß auch sie eine den jeweiligen Eigentümer treffende (sog. dingliche) Schuld annimmt. Im wesentlichen unterscheidet sie sich von ihr dadurch, daß hier nicht das ganze Schuldverhältnis, sondern nur die Haftung auf das Grundstück beschränkt ist.

Des engen Zusammenhangs halber muß schon hier die neuerdings aufgetauchte Theorie Strohals von der reinen Sachhaftung für eine Gläubigerschuld[9] des Pfandgläubigers genannt werden, wenn sich auch diese Theorie von der Zahlungsschuld des Eigentümers losgemacht hat und nur von einem dem Gläubiger rechtlich bestimmten Zahlensollen ausgeht. — Aus gleichem Grunde ist auch die Puntschartsche Lehre zu erwähnen, die allerdings im Gegensatz zur vorgenannten Theorie ein Leistensollen annimmt. Sie erblickt in der Grundschuld eine Verbindung von reiner Schuld (d. h. einem vom Schuldgrund und von der Person des Schuldners abstrahierten Leistensollen) und von Haftung des Grundstücks[10].

Als letzte Theorie, die für ein Leistensollen des Eigentümers eintritt, und wie die vorige auf dem Boden von Schuld und Haftung steht, bleibt die der Naturalobligation anzuführen, deren Vertreter Lehmann-Stobbe[11] ist.

DPrR. 353 und 383 und Schulz 240 ff.; ähnlich auch v. Schwindt 132, welcher die Grundschuld als ein Beispiel von Schuldverhältnissen des modernen Rechts bezeichnet, für das ausschließlich das belastete Gut hafte. Für die Hypothek nimmt allerdings v. Schwindt 140, an, daß der Eigentümer nur in subsidio leisten solle.

9. Strohal 282 ff. und v. Schwerin 24 ff.
10. Puntschart, Grundschuldbegr. 112 ff.
11. II 264.

Sie kommt in ihrem Wesen der Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung nahe. Lehmann sieht in der Grundschuld, mit der er sich als der Grundform der Pfandrechte an Grundstücken beschäftigt, ebenfalls reine Sachhaftung eines Grundstücks und die Verpflichtung eines Eigentümers. Gegen den Eigentümer besteht nach seiner Auffassung ein klagloser obligatorischer Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme, der mit einem dinglichen Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück verbunden ist.

Nach dieser Uebersicht der einzelnen für die Zahlungsschuld des Eigentümers fast durchweg eintretenden Theorien wollen wir uns zunächst einer Kritik dieser enthalten. Wir wollen vielmehr zu der Hauptfrage, nämlich der Zahlungsschuld, zurückkehren, und, nachdem wir selbst bei der gesetzlichen Kritik ein Leistensollen verneint haben, die Argumente derer prüfen, die aus unsern modernen Gesetzen trotzdem eine Schuld des Eigentümers herausarbeiten.

Die Anhänger der Zahlungspflicht berufen sich auf die Terminologie im Grundpfandrecht. Ausdrücke, wie „Kündigung", „Fälligkeit", „Einreden", „Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann" (§ 259 BGB.), „Verzinsung", „Zahlung", „Leistung", sie alle sollen darauf hindeuten, daß der jeweilige Eigentümer zur Zahlung verpflichtet ist.[12] Eine so entscheidende Rolle wird man der allerdings nicht scharfen Ausdrucksweise des Gesetzes nicht beimessen dürfen. Die Ursache des gesetzlichen Mangels wird man darin zu finden haben, daß der Gesetzgeber

12. Vgl. Puntschart, Grundschuldbegr. 30; v. Schwindt 106; Dümchen 361.

obligationenrechtliche Ausdrücke, die in der Volkssprache auch für sachenrechtliche Verhältnisse eingewurzelt sind, nicht mit Stumpf und Stiel aus dem Sachenrecht ausrotten wollte.

Eine neue Ausdrucksprägung empfahl sich wohl auch deshalb nicht, um leicht denkbaren Mißverständnissen vorzubeugen. Im übrigen ist es verkehrt, wenn man aus Ausdrücken, die sich im Obligationenrecht finden, unmittelbar auf eine Zahlungspflicht schließen zu müssen glaubt; denn auch jener Interpretation ist Spielraum gelassen, die eine privatrechtliche Duldungspflicht der Zwangsvollstreckung seitens des Eigentümers annimmt. Auch davon abgesehen, setzen Worte wie „Fälligkeit" und „Kündigung" nicht unbedingt einen Schuldner voraus, was Martin Wolff mit Recht hervorhebt.[13] Warum soll man nicht von der Fälligkeit eines Kapitals reden, wenn der Zeitpunkt eintritt, an dem der Berechtigte die Zahlung des Eigentümers erwarten darf, warum nicht von der Kündigung, um die Erklärung des Gläubigers, durch die er die Fälligkeit bewirkt, zu bezeichnen?

Ebensowenig läßt sich m. E. aus dem Dasein der Einreden im Sinne von Leistungsverweigerungsrechten auf eine Zahlungspflicht schließen. Denn wie weiter unten zu zeigen sein wird, ergibt sich deren Berechtigung gegenüber der Duldungspflicht aus denselben Grundsätzen, die gegenüber jeder andern Leistungspflicht maßgebend sind.

Zu Unrecht weisen ferner einige Anhänger der Zahlungsschuld auf die Bedeutung des Umstandes hin, das an ver-

13. Lb. 436.

schiedenen Stellen der Zivilprozeßordnung (§§ 595, 688 I, 749 Nr. 5) der Satz eingeschoben worden ist:

„Als Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, gilt auch ein Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld."

Richtig ist, daß die Zivilprozeßordnung alle diese Ansprüche wie Geldansprüche behandelt. Dies wird auch für die Bestimmungen über den Arrest und die einstweiligen Verfügungen analoge Geltung beanspruchen können, so daß, wie man sich auch zur rechtlichen Stellung des Grundeigentümers verhält, unter allen Umständen sowohl Arreste wie einstweilige Verfügungen wegen dieser „Ansprüche" ausgebracht werden können[14]. Unverständlich ist, wie Fuchs in der erwähnten Fassung der Zivilprozeßordnung bestätigt findet, daß es sich um einen regelrechten Geldanspruch handele, obwohl ausdrücklich von der Zivilprozeßordnung das Wort „gilt" und nicht „ist" gebraucht wird[15]. Hieraus geht deutlich hervor, daß der Gesetzgeber eine Fiktion gebildet hat, die weiter keinen Grund hat, als dem Anspruch aus den Grundpfandrechten dieselben Begünstigungen zuteil werden zu lassen, wie den Ansprüchen auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme. Ginge aus dem Pfandrecht auch sonst nach materiellrechtlichen Grundsätzen ein Geldanspruch hervor, so hätte es einer besonderen Hervorhebung in der Zivilprozeßordnung nicht bedurft.

Ein wichtiges Beweismittel liegt scheinbar noch darin, daß der Eigentümer nach § 1146 BGB. in Verzug kommen soll[16]. § 1146 bestimmt nämlich:

---

14. Vgl. Gaupp-Stein zu § 916 ZPO.
15. Vgl. OLGRspr. I 259.

„Liegen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstück."

Man achte auf den Wortlaut: „dem Gläubiger gebühren Verzugszinsen aus dem Grundstück". Davon aber, daß der Eigentümer „in Verzug kommt" wie beim Schuldnerverzug (§ 284), ist im § 1146 nicht die Rede. Ueberhaupt sind die Rechtsfolgen, die § 1146 schafft, ganz andere wie beim sonstigen Verzuge.

Denn der Tatbestand des § 1146 bewirkt weiter nichts, als daß Verzugszinsen aus dem Grundstück zu zahlen sind, während von den übrigen Folgen des Verzuges, z. B. der Schadensersatzpflicht des § 290, völlig abgesehen ist. Schon hieraus folgt, daß durch § 1146 kein eigentlicher Eigentümerverzug entsteht[17], sondern nur ein verzugsähnlicher Zustand[18].

Würde nun diese Wirkung auf die Nichterfüllung der Haftungspflicht des Eigentümers hin erfolgen, so wäre nicht einzusehen, warum dieser Verzug des Eigentümers nicht nach den Vorschriften des Verzugs im Recht der Schuldverhältnisse geregelt worden ist. Es wäre ferner nicht ersichtlich, warum sich an die Nichterfüllung dieser Pflicht

16. Vgl. Dümchen 361 und Turnau-Förster zu § 1146.

17. Vgl. hingegen Siber, Schuld und Haftung 139. Er behauptet, der Ausgangspunkt des § 1146 sei eine klagbare Verpflichtung des Eigentümers, da ja diesem gegenüber die allgemeinen Verzugsvoraussetzungen vorliegen könnten. — Auch Staudinger zu § 1146 spricht vom Eigentümerverzug.

18. Zitelmann II 567 Anm. 262.

weniger Folgen knüpfen sollten als an jede andere privatrechtliche Verpflichtung.

Der Grund für die ausdrückliche Regelung kann m. E. nur darin liegen, daß § 1146 verzugsähnliche Folgen bewirkt, obgleich niemand da ist, dem eine Verpflichtung obliegt.

Kann nun aber der Eigentümer nach § 1146 überhaupt nicht in Verzug geraten, so können auch die Bestimmungen über die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges nicht unmittelbar, sondern nur analog angewendet werden. Zunächst fällt die wesentlichste Bedingung, nämlich das Schuldverhältnis, fort; es ist aber auch ein Erfüllungsverschulden des Schuldners weder erforderlich noch möglich. Denn nur jemand, der etwas schuldet, kann die Nichterfüllung zu vertreten haben. Hiernach bleibt als einzige Voraussetzung des § 1146 die Fälligkeit des Kapitals, da sich eine Mahnung nach dem Grundsatz: dies interpellat pro homine (§ 284 II) regelmäßig erübrigt[19]. Leistet also der Eigentümer bei Fälligkeit nicht freiwillig, so gebühren dem Gläubiger ohne weiteres Verzugszinsen. Diese gesetzliche Maßregel erscheint auch trotz des Fehlens einer Zahlungspflicht durchaus begründet, da die Tendenz des Gesetzgebers dahin ging, die umständliche Zwangsvollstreckung zu vermeiden und den Eigentümer zur freiwilligen Leistung anzuspornen. Auf diese Weise wird also einmal ein psychischer Druck auf den Eigentümer ausgeübt, zugleich aber wird der Gläubiger

19. Eine Mahnung, die nur dann in Frage kommt, wenn die kalendermäßige Fälligkeit nicht bestimmt ist, wird zu den Ausnahmen gehören.

für seine enttäuschte Erwartung entschädigt. In Uebereinstimmung hiermit ergeben auch die Protokolle[20], daß die Bestimmung des § 1146 ohne Hinblick auf eine etwaige Leistungspflicht des Eigentümers aus rein praktischen Erwägungen eingeführt worden ist.

Fassen wir unser bisheriges Ergebnis zusammen, so hat weder die eigene Gesetzeskritik, noch haben die Argumente der gegnerischen Theorien auf eine Zahlungsschuld des Eigentümers eines mit einem Grundpfandrechte belasteten Grundstücks schließen lassen.

§ 9.

Folgerungen aus der Verneinung der Zahlungsschuld des Eigentümers.

Steht einmal fest, daß der Eigentümer zur Zahlung nicht verpflichtet ist, so folgt daraus die grundsätzliche Ablehnung jener Theorien, die von der Unterscheidung von Schuld und Haftung ausgehen und als Schuld im Grundpfandrecht das Zahlensollen des Grundeigentümers ansehen. Daraus ergibt sich zunächst unsere Stellung zur Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung, deren wichtigster Vorkämpfer v. Gierke ist, wie auch zu der von Stobbe-Lehmann vertretenen Theorie, die eine Verbindung von Sachhaftung und Naturalobligation befürwortet. Bei der Wichtigkeit jeder einzelnen Lehre erscheint trotzdem ein genaueres Eingehen auf sie erforderlich.

---

20. III 711 ff.

v. Gierke[1] versteht unter einer dinglichen Schuld eine untrennbar mit dem Eigentum verbundene Schuld, die von Rechtswegen auf jeden neuen Eigentümer übergeht. Er sieht in ihr einen „wesentlichen Bestandteil des sachenrechtlichen Verhältnisses, welcher das für sich allein der Selbständigkeit unfähige Sachhaftungsrecht zu einem in sich vollendeten dinglichen Recht ergänzt“[2]. v. Gierkes Argumente, welche die Konstruktion der dinglichen Schuld stützen sollen, erscheinen mir nicht stichhaltig. So soll die Grundschuld schon durch ihren Namen auf eine dingliche Schuld hinweisen[3]. Es ist zumindest gewagt, aus der Benennung eines Rechtsgebildes allzu bestimmte Folgerungen auf ihre Natur zu ziehen. Ebenso geht Gierke wohl auch darin zu weit, wenn er behauptet, das Bürgerliche Gesetzbuch weise durch die Worte „persönlicher Schuldner“ auf einen „dinglichen Schuldner“ als Gegensatz hin. Hier ist mit Wolff[4] entgegenzuhalten, daß auch im Fahrnispfandrecht, für das v. Gierke selbst den dinglichen Schuldner verneint, in den §§ 1210 und 1211 BGB. der Ausdruck „persönlicher Schuldner“ erscheint[5].

Im übrigen ist m. E. die „dingliche Schuld“ auch des-

---

1. Deutsch. PrivR. II 852 ff.
2. Deutsch. PrivR. II 856.
3. Deutsch. PrivR. II 853.
4. Lb. 435 Anm. 14.
5. Gegen die dingliche Schuld im Hypothekenrecht wendet sich das Reichsgericht in Bd. 73, 143 ff., mit der allerdings nicht ausreichenden Begründung, daß das BGB. in den betreffenden Abschnitten niemals von „Eingehung einer dinglichen Schuld oder Verbindlichkeit“ spricht.

halb eine nicht glückliche Konstruktion, weil sie geeignet ist, den Begriff des dinglichen Rechts zu verschleiern. Dessen Inhalt besteht ausschließlich in dem subjektiven Rechte, eine Sache zu beherrschen; als solches ist es aber nicht fähig, eine Schuld in sich aufzunehmen. Daher könnte, wenn wirklich eine Schuld des jeweiligen Eigentümers vorhanden ist, diese nur außerhalb des dinglichen Rechtes liegen.

Schließlich ergibt sich auch die Unmöglichkeit einer dinglichen Schuld daraus, daß Grundpfandrechte auch an herrenlosen Grundstücken denkbar sind. Wer sollte hier dinglicher Schuldner sein? Der Ansicht v. Gierkes, daß die dingliche Schuld in diesem Falle zwar ruhe, aber dem objektiven Bestande nach vorhanden sei[6], vermag ich nicht beizutreten, weil ich den Begriff der objektiv bestehenden Schuld ohne Schuldner nach den obigen Ausführungen nicht anerkenne.

So wird, selbst wenn man im Gegensatz zu uns im heutigen Recht Spuren der Zahlungspflicht zu finden glaubt, die Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gerecht.

Gleiches gilt im Ergebnis für die Lehre von Stobbe-Lehmann, der neben der Sachhaftung eine dem Gläubiger gegen den jeweiligen Grundeigentümer zustehende klaglose Forderung Naturalobligation annimmt.

Stützt man sich schon einmal, wie Stobbe-Lehmann[7], auf die Lehre von Schuld und Haftung, so sind von vornherein die Ausdrücke „Naturalobligation“ und „klaglose Forde-

---

6. a. a. O. S. 857.
7. II 2, 165 ff.

rung“ ungeeignet. Abgesehen hiervon erscheint die Lehre auch sonst nicht frei von Seltsamkeiten. So behauptet Lehmann von der Grundschuld, daß diese zu einer abstrakten klaglosen Forderung akzessorisch sei[8]. Mit Recht bemängelt v. Schwind[9] die Annahme, daß in jedem Grundschuldverhältnisse demnach zwei abstrakte klaglose Forderungen enthalten sein sollen, mit den Worten: das sei denn doch etwas zu viel.

Abgesehen von den Mängeln der beiden bisher kritisierten Theorien in ihrer Ausgestaltung versagen diese deshalb, weil, wie wir sahen, das Gesetz keinen Anhalt zur Bejahung einer Zahlungsschuld gibt.

Nun versuchen Strohal und v. Schwerin[10] neuerdings in der richtigen Erkenntnis, daß eine Schuldnerschuld des Grundeigentümers nicht konstruierbar ist, die Lehre von Schuld und Haftung für das Grundpfandrecht dadurch zu retten, daß sie für die Theorie der reinen Sachhaftung des Grundstücks für ein Bekommensollen des Pfandberechtigten eine Lanze brechen. Wie oben im Abschnitt über die Schuld darzutun versucht ist, ist aber eine Gläubigerschuld, der ein Leistensollen des Schuldners nicht gegenübersteht, dem historischen Schuldbegriff nicht eigen. Unrichtig wäre es mit v. Schwerin[11] anzunehmen, in der Schuld des Bürgerlichen Gesetzbuchs könne der Schuldner fehlen; es sei heute noch die Regel, daß A die Schuld des B bilgen könne. Gewiß ergibt sich diese Regel aus § 267 BGB. Aber wenn

8. II 2, 259.
9. a. a. O. S.135.
10. Strohal a. a. O. S. 282 ff. und v. Schwerin S. 24 ff.
11. S. 7

auch ein Dritter, der Nichtschuldner ist, erfüllen kann, so fehlt deswegen doch nicht im Augenblicke der Erfüllung der Schuldner. Das zeigt sich am besten in dem Fall, wenn der Dritte nur teilweise erfüllt. Dann verbleibt dem Gläubiger in Höhe der nicht erfüllten Schuld der Anspruch gegen seinen ursprünglichen Schuldner.

Bedenken gleicher Art, wie gegen die Strohalsche Lehre, habe ich gegen die von Puntschart[12] vertretene Verbindung von Sachhaftung und reiner Schuld. Unter der letzteren versteht er, wie oben schon angedeutet wurde, eine von Person und Rechtsgrund losgelöste Schuld, der ein reines Bekommensollen gegenübersteht. Auch hier wird m. E. zu Unrecht eine Schuld ohne einen Schuldner für möglich gehalten.

Ueberblicken wir nunmehr sämtliche Theorien, welche den Gedanken der Getrenntheit von Schuld und Haftung in unser heutiges Grundpfandrecht hineintragen möchten, so ergibt sich, daß sie sämtlich unhaltbar sind, weil sie teils zu Unrecht von einer Zahlungsschuld des Grundeigentümers ausgehen, teils mit einem m. E. historisch und logisch nicht berechtigten Schuldbegriff an die Untersuchung des Grundpfandrechts herangehen.

Die Frage des Themas „Schuld und Haftung im heutigen Grundpfandrecht?“ können und müssen wir daher mit **nein** beantworten.

Hiermit sind wir nicht am Ende; denn es wäre ein

12. 116 ff.; ähnlich v. Schwind 140 ff., der bei der Hypothek annimmt, daß der Eigentümer, wenigstens in subsido, leisten und zahlen solle.

unerfreuliches Bemühen, wollte man nur zertrümmern und nicht weiterbauen. Es wird daher nun darauf ankommen, aus den bisherigen Ausführungen weitere Schlüsse zu ziehen und dann die eigene Ansicht über das Wesen der Grundpfandrechte zu entwickeln.

Wir hatten die Zahlungspflicht des Eigentümers abgelehnt. Daraus ergibt sich bereits mehr oder weniger unsere Stellung zur Theorie der Realobligation[13], welche davon ausgeht, daß der Eigentümer aus dem Grundstück zahlen müsse. Hiernach besteht ein in das Sachenrecht versetztes Schuldverhältnis, welches auf den Inhalt des Grundstücks beschränkt ist. Diese Annahme einer Obligation als des primären Inhalts der Grundstücksbelastungen widerspricht zunächst der systematischen Stellung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs; hieran läßt sich nichts deuteln. Dazu kommt, daß eine Zahlung aus dem Grundstück, die nach § 1147 BGB. im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, unmöglich vom Eigentümer ausgehen kann, weil die Zwangsvollstreckung vom Gläubiger mit Hilfe der staatlichen Vollstreckungsorgane betrieben wird[14]. Selbst wenn der Eigentümer von seiner Zahlungsberechtigung aus § 1142 Gebrauch machen würde, so würde zwar die Verpflichtung untergehen, aber er würde trotzdem nicht seiner Verpflich-

---

13. vgl. Fuchs zu § 1113; Cosack Lb. 211; Oertmann Iherings J. **31** 466; Hachenburg 535.

14. Nach Siber, Iherings J. **50** 133 ff. geschieht die Leistung „aus der Sache", allerdings aus ihren Nutzungen und dem Verkaufserlös. Gegen diese Ansicht siehe die betreffende Polemik Wolffs, 434; vgl. ferner Dümchen 381 ff.

tung gemäß aus dem Grundstück gezahlt haben[15]. Schließlich scheint mir der Ausdruck „Realobligation" nicht zutreffend. Denn in dem Begriff der Obligation liegt, wie wir schon sahen, eine Verbindung von Schuld und persönlicher Haftung. Es kann aber keine Rede davon sein, daß aus einer Grundschuld begrifflich eine persönliche Haftung hervorgeht. Würde man übrigens mit den Vertretern dieser Lehre sämtliche Konsequenzen ziehen, so müßte der Hypothekenberechtigte seinen Anspruch gegen eine Geldforderung des Eigentümers aufrechnen können. Diese Folge lehnt sogar Fuchs, einer der eifrigsten Anhänger der Realobligation[16], ab, weil er aus den Protokollen ersieht, daß eine ausdrückliche Vorschrift über die Nichtaufrechenbarkeit solcher Forderungen absichtlich nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt ist, zumal sie sich aus dem Hypothekenrecht von selbst ergebe. Wenn auch grundsätzlich den Protokollen[17] keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt, so ist doch Gewicht auf die Tatsache zu legen, daß die Redaktoren über die Nichtaufrechenbarkeit einig waren und diese aus dem Wesen des Hypothekenrechts unmittelbar ableiteten.

§ 10.

Verwertungsrecht des Grundpfandberechtigten und Pflicht des Eigentümers, die Zwangsvollstreckung zu dulden.

Ist nun der Inhalt des Grundpfandrechts nicht auf

15. vgl. Wolff 434.
16. 377 ff. zu § 1113.
17. IV 602 ff.

ein Geben des Eigentümers gerichtet, so verbleibt für die Konstruktion dieses Rechts nur die Möglichkeit, daß es die Beitreibung einer Geldsumme aus dem Grundstück durch eigenes Tun des Berechtigten zum Inhalt hat[1]. Wenn nach § 1147 die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, also der Berechtigte letzten Endes sein Geld aus staatlicher Hand empfängt, so handelt hier doch der Staat nur als Hilfsorgan des betreibenden Pfandberechtigten, welcher Herr des Verfahrens ist, indem er es nach seinem Belieben entstehen oder wiederaufheben läßt.

Der Inhalt des Grundpfandrechts liegt also in erster Linie in einem Nehmendürfen des Berechtigten.

Nun darf dieser zwar nicht das Grundstück selbst, sondern nur einen Wert aus dem Grundstück nehmen, der ihm bei der Zwangsvollstreckung bereit gehalten wird. Trotzdem ist das Verwertungsrecht auf das Grundstück selbst gerichtet[2]; es ergreift nicht das Grundstück in allen seinen Beziehungen, sondern nur in seiner Werteigenschaft[3]. Es verschafft aber dem Berechtigten über dieses ein dingliches[4], ein Herrschaftsrecht, das sich in der Möglichkeit äußert, das Grundstück zur Zwangsvollstreckung zu bringen und das Eigentumsrecht des bisherigen Eigentümers zu ver-

1. so auch Wolff Lb. 432.

2. vgl. hierzu Kohler, Pfandr. F. 53; Arch. Ziv. Prax. **91** 155; Enzykl. I 613 ff.; Landsberg 740; Planck Vorbem. zu § 1113; Biermann I 103; Predari 618 ff.

3. Die Dinglichkeit der Grundpfandrechte wird heute fast durchweg bejaht; verneint nur von Isay a. a. O. 196 und v. Schwerin 27.

4. vgl. dazu Kohler, Arch. Ziv. Prax. **91** 155.

nichten, ferner auch darin, daß es jeden Dritten schon vor der Wertentnahme zwingt, eine Beeinträchtigung des Grundstücks zu unterlassen.

Besteht also der primäre Gehalt der Grundpfandrechte in dem Recht des Pfandberechtigten, dem Grundstück einen Wert zu entnehmen, so ergibt sich als notwendiges Korrelat hierzu für die Fremdhypothek: die Pflicht des Eigentümers, die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück zu dulden. Denn wenn ich ein Recht auf einen im Grundstück liegenden Wert habe, so muß, soll das Recht ausgeübt werden, derjenige, in dessen Grundstück die Zwangsvollstreckung erfolgen soll, die Pflicht haben, meinen Zugriff über sich ergehen zu lassen. Denn nur dann hat der Staat die Möglichkeit, mir zu helfen und in die Rechtssphäre des Eigentümers einzugreifen.

Was die Natur dieser Duldungspflicht betrifft, so wird ihr mehrfach ihr privatrechtlicher Charakter bestritten[5]. Statt dessen wird sie als eine prozessuale Pflicht bezeichnet[6], deren Uebertretung Widerstand gegen die Staatsgewalt bedeute. Hierbei übersieht man, daß die Vereinigung von privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Bindung begrifflich nicht unmöglich ist. Gewiß besteht eine sämtliche Staatsbürger in gleicher Weise treffende Duldungspflicht, aber neben dieser kann auch eine Pflicht gegenüber dem Gläubiger einhergehen. Dies ist z. B. bei der Zwangsvoll-

---

5. Wolff 436 Anm. 16 und 472 Anm. 7; Lehmann, Fischers Abh. 15 40.

6. Hellwig, Lb. I 229, der das Wesen der Grundpfandrechte im allgemeinen, wie auch aus seinem System des Zivilprozeßrechts, 259, hervorgeht, ähnlich wie wir auffaßt.

streckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau der Fall. Hier werden zwischen den Frauengläubigern und dem Ehemann Rechtsbeziehungen geschaffen, deren Inhalt eine Duldungspflicht ist. Zwar entstehen die Hauptansprüche nur gegen die Frau, doch ist gemäß § 739 BGB. eine Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nur dann zulässig, wenn der Ehemann, dem die Verwaltung und Nutznießung dieses Vermögens zusteht, zuvor zur Duldung verurteilt wird. Würde ausschließlich eine publizistische Pflicht des Ehemanns bestehen, so wäre eine besondere Verurteilung zur Duldung nicht erforderlich. Diese ist nur dadurch gerechtfertigt, daß die Zugriffsmacht der Gläubiger sich an und für sich nur gegen die Frau richtet, also Halt macht vor den Rechten des Mannes.

Aehnlich liegt es im Grundpfandrecht. Steht mir ein Wertrecht an einem Grundstück zu, so ist dieses als solches für mich unverwertbar. Will ich nun dem Grundstück den Wert entnehmen, so muß auch der Eigentümer mir gegenüber zur Duldung meiner durch den Staat verwirklichten Maßnahmen verpflichtet sein, da ich sonst kein Recht hätte, das Vermögen des andern anzugreifen.

Wolff[7] sowie Hellwig[8] leugnen den Charakter der privatrechtlichen Pflicht auch deshalb, weil die Erzwingung nicht nach den Vorschriften über Duldung von Handlungen geschieht. Daran ist richtig, daß § 890 ZPO. nicht Anwendung finden kann. Dessen Tendenz geht nämlich dahin, auf den Unterlassungs- bezw. Duldungsschuldner durch Strafen einen

7. 472 Anm. 7.
8. Lb. I 229.

Zwang auszuüben. Dieser Zwang ist aber überflüssig in allen Fällen, in denen auf unmittelbarem Wege derselbe Zweck erreicht wird. Dies gilt sowohl für den Fall der Duldung des Ehemanns wie des Grundeigentümers. Denn wenn einer von diesen gegen die Vornahme der Vollstreckung Widerstand leisten würde, so träfen ihn ohne weiteres die Zwangsmaßregeln des § 892 ZPO. durch den Gerichtsvollzieher, so daß sich der Inhalt der Verpflichtung, nämlich die Duldung der Zwangsvollstreckung, auch ohne die Strafen des § 890 ZPO. verwirklichen läßt.

Somit ist nach der hier vertretenen Auffassung die Duldungspflicht eine privatrechtliche Verpflichtung, die im akzessorischen Verhältnis zu dem Rechte des Grundpfandberechtigten auf Wertentnahme steht.

Analog dieser Duldungspflicht besteht übrigens auch eine andere im Sachenrecht ausgebildete Verpflichtung des Eigentümers: Nach § 1018 BGB. kann ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks in der Weise belastet werden, daß dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf. Auch hier entspricht dem dinglichen Rechte die Pflicht des Eigentümers, die Benutzung zu gestatten. Und auch diese Pflicht ist nicht als ein Bestandteil des dinglichen Rechts zu denken, sondern ebenfalls nur als eine akzessorische Verbindlichkeit.

Es bleibt noch zu der Frage Stellung zu nehmen, wie der Tenor des Urteils zu lauten hat, durch das der die Zwangsvollstreckung betreibende Grundpfandberechtigte zum vollstreckbaren Titel gelangt. — Die hier vertretene Auffassung vom Grundpfandrecht führt zu einer Verurteilung

des Eigentümers zur Duldung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück[9]; einer Feststellung des Verwertungsrechts bedarf es nicht, weil dem Pfandberechtigten hierzu ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 256 ZPO. fehlt, da er schon auf Grund der Duldungsverurteilung zu seinem Recht kommt.

Abgelehnt wird infolge der Verneinung der Zahlungspflicht des Eigentümers jener Tenor, der den Eigentümer „zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück" oder „zur Zahlung aus dem Grundstück" verurteilt.

Für unzureichend halte ich auch den Vorschlag Wolffs[10], wonach ein Urteil genügt, in dem die Befugnis des Klägers ausgesprochen wird, sich wegen einer Summe X und der Kosten des Rechtsstreits aus dem Grundstück Y zu befriedigen. Hiernach würde also eine Feststellungsklage einen vollgültigen Titel zur Zwangsvollstreckung ergeben. Diese Folge ist aber unvereinbar mit dem Wesen der Feststellungsklausel, deren Eigenart gerade darin besteht, daß das Interesse des Klägers bereits und ausschließlich durch die Feststellung befriedigt wird, so daß sie eine bis zur Zwangsvollstreckung hinausreichende Funktion nicht ausüben kann. Hier macht sich eben in der Auffassung Wolffs eine Lücke bemerkbar, die dadurch entsteht, daß er die privatrechtliche Duldungspflicht des Eigentümers ablehnt.

---

9. Zu dem gleichen Ergebnis gelangen Planck zu § 1147; Oberneck 379; Dümchen 414; RG. **25** 378; OLGRspr. I 259; RGKom. zu § 1113.

10. Lb. 472; ähnlich Dernburg III 788.

Eine Beziehung der hier konstruierten Verbindung von Verwertungsrecht und Duldungspflicht zur Lehre von Schuld und Haftung ist nicht vorhanden. Denn die Duldungspflicht ist, wie wir sahen, keine Schuld im deutschrechtlichen Sinne, sondern ein Teil eines Schuldverhältnisses im Sinne des § 241 BGB., vereinigt also in sich das Sollen und das Müssen.

Auch hiervon abgesehen, besteht die sog. Sachhaftung des Grundstücks nicht um dieser Duldungspflicht willen, sondern nur zu dem Zwecke, dem Pfandberechtigten die Möglichkeit zu geben, sich aus dem Werte des Grundstücks eine Geldsumme zu verschaffen.